

Maurits Barendrecht, Albert Klijn (redactie)

Alex Brenninkmeijer, Freek Bruinsma, Carsten de Dreu, Roland Eshuis,
Nick Huls, Leny de Groot-van Leeuwen, Frans Leeuw, Frank van Tulder,
Ben van Velthoven,

met medewerking van Jan Vranken en Hans Westenberg

Balanceren en vernieuwen

Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis
voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht

Met de publicatie van het interim-rapport 'Een nieuwe balans' is de tweede fase van de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht begonnen: de toetsing van de voorstellen aan de opvattingen die er leven in de rechtspraak en de rechtswetenschap. Inmiddels is vanuit de rechtspraak een aantal commentaren gepubliceerd. Op initiatief van de Raad voor de rechtspraak heeft een aantal personen uit het sociaal-wetenschappelijke forum voor de bestudering van het recht een overzicht gemaakt van relevant onderzoek. Want bij een fundamentele herbezinning op procederen, geschiloplossing en de regels daarvoor gaat het uiteindelijk om gedrag en belangen/behoefte van mensen. Gedragswetenschappelijke kennis is daarom nuttig voor de beoordeling van de belangrijkste aanbevelingen en voor de concrete uitwerking daarvan.

Deze overweging vormde de achtergrond voor een uitnodiging van de Raad voor de rechtspraak aan leden van het sociaal wetenschappelijk forum zich te buigen over de vraag: Hoe de voorstellen te beoordelen in het licht van de bestaande sociaal wetenschappelijke kennis? Kunnen we afgaan op de voorstellen als betrouwbare richtingaanwijzers leidend naar een civiele rechtspraak die meer uitgebalanceerd is in organisatorisch-bestuurlijk perspectief?

De auteurs kwamen op die uitnodiging naar een bijeenkomst op 17 maart 2004 te Utrecht. Vijf clusters van de door de commissie gedane aanbevelingen zijn daar besproken. Elk werd van commentaar voorzien, vanuit de rechtspraak door Hans Westenberg (vice-president Rechtbank Den Haag en hoofd van de Vliegende Brigade) en toegelicht door Jan Vranken (lid van de commissie van herbezinning). Doel van de discussies was het mobiliseren van bestaand onderzoek en literatuur die relevant geacht kan worden voor de herbezinning, en ook het formuleren van vragen die nader onderzoek verdienen.

In het vervolg op deze bijeenkomst is door alle hier in alfabetische volgorde gerangschikte deelnemers in verschillende fasen nadere informatie verschaft aan de twee eerstgenoemde auteurs die de

redactionele verantwoordelijkheid voor deze tekst dragen.

Hetgeen hierna volgt geeft een beeld van de relevante kennis, grof geordend naar vijf clusters aanbevelingen (de onderwerpen van hoofdstuk 3 tot en met 7) van de herbezinning. Er is veel van die kennis, te veel om het navolgende in één adem uit te lezen. Zij ligt bovendien niet klaar om te worden toegepast op de problemen van de Nederlandse civielrechtelijke geschilbeslechting, zoals een regel uit de jurisprudentie klaarligt om op een geval te worden toegepast. We noemden het een kaart, omdat het stuk een overzicht biedt van waar relevante kennis is te vinden, maar het is eerder te vergelijken met een kaart uit vroeger tijden dan met een kaart zoals we die nu kennen op basis van satellietfoto's: de kaart heeft witte vlekken en er zijn soms onzekerheden over plaatsbepaling. Stukjes kennis moeten nog aan elkaar geregen worden, wat op meerdere manieren kan. Soms is het patroon duidelijk, en soms wringt het nog. Doel van onze exercitie is beperkt: aangeven waar die kennis zich ongeveer bevindt, en die kennis toegankelijk maken voor de herbezinning, en voor anderen die geïnteresseerd zijn in geschiloplossing in de schaduw van het recht.

Wij geven daarbij geen eindoordeel over de aanbevelingen. We laten de gebruiker van deze

kaart zelf oordelen en kiezen. Wel geven we hier en daar aan waar de kennis duidelijk een ondersteuning van de aanbeveling geeft, of juist duidelijk in een andere richting wijst. We signaleren ook of de aanbeveling en de wel aanwezige kennis vragen om nader onderzoek. Daarnaast beschrijven we (in hoofdstuk 2) op welke manieren de voorstellen van de commissie beoordeeld zouden kunnen worden. We noemen verschillende soorten ijkpunten. Dat zijn die van de commissie, maar ook andere soorten ijkpunten die in de gedragswetenschappen gebruikelijk zijn: gestelde doelen, functies van rechtspraak, wat willen mensen in een conflict bereiken, wat willen zij voor soort procedure, doelmatigheid en maatschappelijke kosten en baten. Wij kiezen niet voor één ijkpunt, en het is ook niet nodig om het daar volledig over eens te worden, want aanbevelingen kunnen op meerdere ijkpunten goed scoren.

Dat waren de beperkingen. Wat voor u ligt is inderdaad niet meer dan een kaart, die u - naar wij hopen - er steeds weer bij pakt als u zich oriënteert op de vormgeving van instituties en regels voor geschiloplossing, geschilbeslechting en procederen.

01

Inleiding

1.1 Het Interim-rapport: procesrecht en de praktijk van de conflicthantering

Het interim-rapport van de Commissie Asser, Groen, Franken beoogt het ontwerpen van een normatief toetsingskader voor het civiel procesrecht. In de woorden van de commissie: "een samenhangend geheel van grondslagen, beginselen en uitgangspunten, die passen bij de wijze waarop in de veranderde en nog steeds veranderende samenleving wordt gedacht over *geschilbeslechting* en *conflictoplossing*, en de verantwoordelijkheid van de overheid daarbij".¹ De term *geschilbeslechting* staat voor wat doorgaans en ook hier wordt aangeduid met de 'civiele procedure' terwijl *conflictoplossing* de aanduiding is voor alternatieve procedures, zoals 'mediation'. Gegeven deze definities, moet men het rapport lezen als een poging die civiele procedure te herpositioneren binnen het gehele landschap van de conflicthantering. Want zoveel is duidelijk: regulering van de civiele procedure vormt het object waar de focus op gericht is.

Over die focus zijn er twee opmerkingen die van belang zijn voor ons betoog. Ten eerste aandacht voor het adjectief 'samenhangend'. Daarmee verwijst de commissie naar het meervoud aan invalshoeken van waaruit men naar de praktijk van de civiele procedure kan kijken. De commissie onderscheidt er drie: de *professionele* (betreft de juridische kennis en de praktische kunde), de *rechtstatelijke* (uitgewerkt in de eisen van artikel 6 EVRM en beginselen van behoorlijk procesrecht) en het *bestuurlijk-organisatorische* (refererend aan bedrijfskundige eisen die men tegenwoordig stelt aan publieke dienstverlening). De opdracht die de commissie zichzelf heeft gesteld is de beantwoording van de vraag hoe de derde invalshoek in te passen

is in de regulering van de procedure, gegeven de vereisten vanuit de andere twee invalshoeken. Dat betekent in feite dat de centrale vraag luidt: welke organisatorische veranderingen zouden in de regulering van de civiele rechtspraak dienen te worden aangebracht omwille van een optimale balans? Dit vanuit de gedachte dat de hedendaagse vereisten aan publieke dienstverlening tot nu toe in de civiele rechtspraak te stiefmoederlijk bedeed worden.

Een tweede kenmerk van de gehanteerde benadering is de sterke gedragsmatige oriëntatie. Kwam de opdrachtgever met een opsomming van vragen van veelal formeel procedurele aard, het rapport plaatst ze binnen een ruimer kader van expliciet geformuleerde gedragsdoelen. Het gaat de commissie er om, zo leest men keer op keer, bestaande regels zo te interpreteren dan wel nieuwe regels te formuleren met als doelstelling: wenselijk geachte gedragspatronen te versterken dan wel onwenselijk gedragspatronen teniet te doen, of op zijn minst te reduceren. Het is die gerichtheid op het gedrag van actoren die de aansluiting vormt tussen het rapport en het onderstaande. Immers centraal object van de sociale wetenschap is het gedrag; in dit geval dat van de bij conflicthantering betrokken actoren.

1.2 De inbreng van sociale wetenschap

Zo'n oriëntatie heeft consequenties. Wie zich zet aan de herinrichting van de institutionele setting van de civiele procedure - en dat gebeurt door verandering van regels - moet méér kennis in huis moet hebben dan alleen rechtswetenschappelijk inzicht. Dat realiseert de commissie zich, zo lijkt het. Want sluitstuk van

de inleidende opmerkingen van het rapport vormt de met spijt gedane constatering dat er zo weinig empirische gegevens zijn over problemen en knelpunten in het civiele proces en hun mogelijke oplossingen. Dat acht de commissie van belang omdat daarmee de mogelijkheid ontbreekt om de beoogde veranderingen 'door te rekenen' op hun gevolgen. Gevolgen in de brede zin van het woord; niet alleen in termen van financiële kosten en ook niet alleen in termen van snelheid, maar ook in termen van de niet voorziene en soms niet wenselijk te achten (neven)effecten.

Het laatste inzicht delen we van harte want het is immers binnen onze kring een oud gedachtegoed geformuleerd door de Amerikaanse socioloog Robert K. Merton.² Het procesrecht regelt een terrein van doelgericht handelen bij uitstek en het ligt dus voor de hand om hier bedacht te zijn op onvoorziene gevolgen van goed bedoelde nieuwe regels. Strategisch gedrag valt hier te verwachten. Er is echter meer empirisch onderzoek beschikbaar dan de commissie aangeeft. Dat ligt echter niet keurig opgeslagen onder het label: knelpunten in de Nederlandse civiele procedure. Om verschillenden redenen niet. Ten eerste, omdat het object van de sociale wetenschap anders afgebakend wordt. Er is wel een ware stortvloed aan sociaal-wetenschappelijke inzichten die in dit kader relevant zijn: over verschillen in organisatie van de rechtspraak (en de effecten ervan op het beroep dat erop gedaan wordt), over de verschillen in behoeften, verwachtingen en overwegingen van personen die geschillen hebben en die beëindigd willen zien (en de gevolgen daarvan voor hun handelen), over denken en doen van juridische professionals (en de gevolgen daarvan in het proces van *geschilbeslechting*), voor de verschillende manieren waarop veranderingen in organisaties kunnen worden bewerkstelligd (en de gevolgen daarvan in termen van doelbereik). Ten tweede,

om het voorgaande te compliceren, omdat die inzichten nogal verschillen vanwege de onderscheiden invalshoeken van de betrokken deeldisciplines als sociologie, psychologie, antropologie en economie. Men kan daarom niet eenvoudigweg allerlei uitkomsten zo maar naast elkaar zetten. In die zin hebben de herbezimmers gelijk. Het is noodzakelijk gericht te zoeken naar onderdelen van kennis die bruikbaar gemaakt kunnen worden door ze voorzichtig, met gezond verstand, maar ook met enige durf aan elkaar te rijgen tot 'ketens'.³ Dit is precies wat met deze 'kenniskaart' wordt beoogd.

1.3 Opzet project en van deze 'kaart'

De opzet van deze 'kaart' is als volgt. Eerst wordt besproken hoe men de voorstellen van de herbezimmers zou kunnen beoordelen in het licht van het sociaal-wetenschappelijke materiaal. Vervolgens passeren vijf clusters van door de commissie gedane aanbevelingen de revue. Elk ervan vormt het aanknopingspunt voor een afzonderlijk hoofdstuk. Vervolgens worden steeds per cluster de relevante theoretische invalshoeken vermeld in de subparagrafen. Soms was dat lastig kiezen; andere ordeningen waren ook mogelijk of misschien zelfs beter geweest. De paragrafen bevatten een korte uiteenzetting van deze invalshoeken en een korte samenvatting van het empirische materiaal dat daarbij past. In de slotalinea van iedere paragraaf wordt aangegeven in hoeverre deze kennis de aanbevelingen van de herbezimmers ondersteunt, en welke vragen voor vervolgonderzoek deze kennis oproept.

Deze opzet heeft beperkingen. Wij bieden *geen volledige kaart*, want we beschikken niet over zoiets als satellietfotografie om alles wat er in conflicten en *geschilbeslechting* gebeurt nauwkeurig in beeld te brengen. Het zijn aan elkaar geregen stukjes kennis van handelsreizigers in

¹ De tekst van het rapport - in afzonderlijke hoofdstukken en met enig commentaar - treft men aan op: http://www.justitie.nl/themas/wetgeving/actueel/fundamentele_herbezinning_bpr.asp. Het citaat treft men aan op pagina 22.

² R.K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, Free Press, Glencoe, 1949.

³ Zie: *Kennis voor ketens*, Verzamelde bijdragen en WODC-lezing 2004 (gehouden op 22 april 2004). Met name de voordracht van F.Leeuw, 'Ketens van kennis en kennis voor ketens', is hier relevant.

kennis, die soms weet hebben van wat op verre plaatsen is bedacht en wordt gedaan. Soms wringt de aansluiting nog. Daarnaast heeft de kaart nog witte vlekken, plekken waar nog niemand geweest is. Die proberen we te benoemen.

Het is tevens een kaart in de zin dat dit stuk veel *gecondenseerde informatie* bevat. Het is geen stuk om in één adem uit te lezen. Daar is het ook niet op geschreven. Wij hopen dat het een stuk is dat de lezer er steeds weer bij pakt als men een route zoekt voor de oplossing van een bepaald probleem of als men op zoek is naar terreinen met potentieel.

Een derde beperking is dat de kennis uit *verschillende disciplines* komt, die ieder hun eigen theoretische perspectieven en methodologie hebben, en dus ook beperkingen – waarvan de onderzoekers zich overigens, anders dan niet-vakgenoten wel eens veronderstellen, meestal goed bewust zijn. De bestuurskunde en bedrijfskunde zoeken het in de organisatie en komen dan bijvoorbeeld uit op communicatie en logistiek. (Rechts)economische onderzoekers gaan meestal uit van sterke gedragspostulaten (mensen gedragen zich rationeel; willen hun uitkomst maximaliseren) en kunnen dan ook tot heldere uitspraken komen. De sociale psychologie leunt vaak sterk op laboratorium-experimenten op basis van strakke designs waarbij factoren van belang voor individuele handelen keurig gedoseerd kunnen worden. De sociologie laat zien dat onder invloed van maatschappelijke omstandigheden die veelal niet te hanteren zijn en aldus een complex geheel van beperkingen dan wel gelegenheden bieden, gedrag patronen een lastig te verklaren diversiteit vertonen. Soms lijken de disciplines tot tegenstrijdige uitspraken te komen, soms lijken de verschillende bewoordingen onderliggende overeenstemming te verdoezelen. Wij beperken ons hier vaak tot bevindingen en gaan niet dieper in op theoretische en methodische

beperkingen waaronder die bevindingen zijn ontstaan. Wel proberen we te waarschuwen, waar we vermoeden dat de uitkomsten zich niet zonder meer laten vertalen naar de context van de Nederlandse conflicthantering.

02

IJkpunten om de voorstellen te beoordelen

Wat is een goed voorstel voor verbetering van het civiele proces en van de hantering van conflicten die daaraan vooraf gaat? Er zijn verschillende manieren om vernieuwingsvoorstellen als die van de herbezimmers te beoordelen. In dit hoofdstuk worden mogelijke ijkpunten daarvoor kort besproken. Achtereenvolgens komen aan de orde: de ijkpunten die de herbezimmers hebben geformuleerd (paragraaf 2.1), de functies van procedures voor gebruikers (paragraaf 2.2), de behoeften en wensen van partijen in een geschil (paragraaf 2.3), de behoeften en wensen van partijen ten aanzien van een procedure voor de oplossing van een geschil (paragraaf 2.4), de toegang tot het recht en de kosten- baten analyse voor partijen (paragraaf 2.5), de maatschappelijke doelmatigheid (paragraaf 2.6). Ten slotte bespreken we in paragraaf 2.7 hoe beoordeling kan plaatsvinden aan de hand van meerdere ijkpunten, zonder dat de beoordelaars een keuze hoeven te maken voor één bepaald ijkpunt.

2.1 Doelen en perspectieven van de herbezimmers

In hun rapport onderscheiden de herbezimmers drie doelen voor het civiele procesrecht:

- Rechtzoekenden *recht verschaffen* en een titel die ten uitvoer gelegd kan worden;
- *Rechtsontwikkeling en rechtseenheid*, die mede kunnen leiden tot inhoudelijke (in plaats van alleen formele) rechtvaardigheid en een goede belangenafweging;
- *Conflictoplossing/beslechting*, bij conflict-oplossing gaat het in hun visie om beëindiging van het onderliggende conflict met consensus; bij conflictbeslechting gaat het om in vrede kunnen samenleven zonder dat consensus is bereikt.

Daarnaast noemen zij drie perspectieven van waaruit het civiele proces beoordeeld en verbeterd kan worden. Deze perspectieven kunnen ook worden gezien als concretere criteria aan de hand waarvan de voorstellen kunnen worden beoordeeld. Specifieke voorstellen toetsen aan de drie wel heel algemeen omschreven doelstellingen als hiervoor omschreven is immers moeilijk. De perspectieven zijn:

- Professioneel: vanuit het vakmanschap van rechters, advocaten en andere professionals;

- Rechtsstatelijk: als uitgewerkt in de eisen van artikel 6 EVRM en beginselen van behoorlijk procesrecht zoals onafhankelijkheid, onpartijdigheid en hoor en wederhoor;
- Bestuurlijk-organisatorisch en bedrijfskundig: gericht op efficiëntie en vereisten te stellen aan goede dienstverlening.

De herbezimmers volgen daarmee de min of meer gebruikelijke route van het stellen van doelen van bovenaf en het formuleren van perspectieven voor beoordeling. Vervolgens kan dan worden bekeken of deze in de praktijk ook worden gehaald. Wat men op deze wijze in feite doet, is vooral kosteneffectiviteitsonderzoek: hoe kunnen de doelen worden gerealiseerd met zo min mogelijk kosten. Maar zijn de doelen wel goed of compleet genoeg? Het zou immers wenselijk kunnen zijn de doelen bij te stellen of aan te vullen, voor wordt geprobeerd die zo goed mogelijk te gaan uitvoeren.

2.2 Functies van rechtspraak

Een alternatieve benadering bestaat erin uit te gaan van de functies van rechtspraak voor de gebruikers. Zo'n benadering kijkt naar de rechtspraak juist vanuit het gezichtspunt van de

betrokkenen en dus vanuit hun afwegings-overwegingen.⁴ Blankenburg onderscheidt:

- de *quasi-notariële functie* (formele bekrachtiging van partij-afspraken).⁵
- de *bemiddelingsfunctie* (de rechter als bemiddelaar/mediator); en
- de *rechtsdoorzettingfunctie* (executoriale titel);
- de *beslissingsfunctie* (derde die gemotiveerd een knoop doorhakt).

Een recente publicatie van Reiling geeft een indicatie van de frequentie waarmee rechters deze functies vervullen.⁶ In 38% van de gevallen waarin de civiele rechter te hulp wordt geroepen gaat het om goedkeuring van door geschilpartijen getroffen regelingen (quasi-notariële functie). Voor 12% gaat het om bemiddeling bij het totstandkomen van schikkingen (bemiddelings-functie). 38% van de gevallen betreft incasso's (rechtsdoorzetting-functie). Voor 12% gaat het om vonnissen op tegenspraak (beslissingsfunctie).

Het werk van de rechter heeft echter ook een uitstraling op de manier waarop geschillen worden opgelost zonder dat de rechter daadwerkelijk intervenieert: de beroemde schaduw van het recht, waarvan we nog zullen zien dat deze een veel groter aantal geschillen bestrijkt dan daadwerkelijk bij de rechter binnen komen. Schaduwwerking heeft verschillende gedaanten zoals Lempert heeft laten zien (zie kader). Er zijn vier extra manieren waarop rechtspraak bijdraagt aan het totstandkomen van minnelijke oplossingen: via door rechters gevormde regels, via het laten oplopen van

kosten van geschiloplossing, via het bevorderen van uitwisselen van informatie en via het geven van deelbeslissingen. Vanuit het perspectief van partijen komt de schaduw eerst, en dan pas de rechter die daadwerkelijk intervenieert.

Functies van gerechtelijke interventie

De Amerikaan Lempert onderkende in een inmiddels klassiek geworden bijdrage de onderstaande functies van rechtspraak. Daarbinnen is conflictbeslechting op tegenspraak de laatste en vanuit het perspectief van de partijen gezien een bijna onzichtbare functie.

- Rechters (met name hogere rechters) vormen regels die schikkingen tussen partijen in andere zaken beïnvloeden of bepalen;
- Rechters kunnen de kosten van geschil-oplossing laten oplopen, waarmee ze de kans op schikkingen laten toenemen;⁷
- Rechters creëren gelegenheden voor partijen om meer over elkaars standpunten en de feiten te weten te komen, waarmee ze de waarschijnlijkheid van schikkingen laten toenemen, omdat de onzekerheid over de uitkomst voor beide partijen afneemt (bijvoorbeeld in stukkenwisseling en comparities);
- Rechters geven beslissingen over delen van het geschil, waarmee ze partijen helpen het eens te worden over andere geschilpunten;

⁴ J. Griffiths, 'The general theory of litigation- a first step', *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, (1983), Heft 1, pp.145-201; id. 'De rechtbank als fietsenfabriek', *NJB* 1991, pp.129-130; ook p. 445 (naschrift op F. van Tulder, 'Over fietsen en recht', *NJB* 1991, pp. 444-5); id. 'The Social Working of Legal Rules', *Journal of Legal Pluralism*, (2003), nr. 48, pp.1-84.

⁵ E.R. Blankenburg & R. Rogowski, 'Zur Theorie von Gerichtsverfahren', *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, (1983) 4, Heft 2, pp. 133-144.

⁶ A.D. Reiling, 'Rechtspraak in de digitale delta', *NJB* 2003, p. 2286 e.v.

⁷ Dit is een klassiek rechtseconomische gedachte, die gerechtvaardigd is in situaties waarin beide partijen elkaar in evenwicht houden. Maar in het civiele recht is dat vaak niet het geval. Zie: M. Galanter, 'Why the 'haves' have come out ahead: speculations on the limits of legal change', *Law & Society Review*, (1974) vol 9, pp. 95-160. Voorts het vele empirische onderzoek dat zijn stellingen bevestigde als samengevat in Herbert M.Kritzer & Susan S. Silbey (ed.), *In Litigation: Do the Haves Still Come Out Ahead?* Palo Alto, Stanford University Press, 2003. Zie over het vergroten van de kans op schikkingen waarin machtsongelijkheid tot uiting komt ook J.M. Barendrecht en E.J.M.van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2000, pp. 105 e.v.

- Rechters keuren private schikkingen goed (echtscheidingen, beëindiging arbeids-overeenkomsten);
- Rechters bemiddelen en stimuleren daardoor schikkingen;
- Rechters geven garanties voor nakoming (bijvoorbeeld executoriale titels voor incasso's);
- Rechters beslissen geschillen met autoriteit.

Bron:
R. Lempert, 'More Tales of Two Courts: Exploring Changes in the Dispute Settlement Function of Trial Courts', *Law & Society Review* (1978) vol.13, pp. 91-138.

Over de eerste vier effecten van rechtspraak zijn empirische gegevens nog schaars.⁸ Terwijl wel duidelijk is dat veruit de meeste problemen in de schaduw van die functies worden opgelost of afgedaan (zie hierna paragraaf 3.1).

Een dergelijke functionele benadering verruimt de blik, doordat zij aandacht vraagt voor de onbedoelde, al dan niet wenselijke neveneffecten van regels als gevolg van de (bij)bedoelingen van één of meer gebruikers. De uiteindelijke effecten kunnen parallel lopen met doelstellingen van wetgevers, maar ze kunnen die ook frustreren. Zeker bij civielrechtelijke geschil-oplossing, waarbij de overheid potentiële gebruikers een aanbod doet met een 'unique selling point', de executoriale titel die niet ergens anders kan worden verkregen, kan een bestuurlijk-organisatorisch perspectief een tunnelvisie creëren. Het belemmert mogelijk het zicht op het werkelijke maatschappelijk draagvlak voor de verschillende manieren van probleemafhandeling (in eigen beheer, dus zonder inschakeling van een derde, een private

derde of de overheidsrechter). Wat men alleen nog ziet is de rij wachtenden bij de toegangs-poort tot de rechter, gevolgd door de aanbeveling die men ook wel eens op drukke dagen bij de Bijenkorf hoort: links van u zijn ook draaideuren, ADR in casu.

Gezien vanuit de aanbieders doet het proces-recht zich eerder voor als een gerechtelijke piramide (eerste lijn, hoger beroep en cassatie) met alternatieve afdoeningsmogelijkheden. Gezien vanuit de gebruikers, is eerder sprake van wat de Amerikaanse rechtssocioloog Galanter typeerde als *litigotiation*: de twee-eenheid van onderhandelen en procederen. "There are not two distinct processes, negotiation and litigation: there is a single process in the vicinity of official tribunals that we might call litigotiation, that is the strategic pursuit of a settlement through mobilizing the court process".⁹ Gebruikers proberen geschillen in eerste instantie op te lossen via overleg en onderhandelingen in 'de schaduw van het recht', zoals de beroemde metafoor van Mnookin en Kornhauser het uitdrukt. Daarbij gebruiken zij, als dat van pas komt, dagvaar-dingen en andere processuele stappen om druk op de tegenpartij te zetten.¹⁰ Als het daad-werkelijk tot een rechterlijke uitspraak komt, is dat veelal het resultaat van het niet slagen van onderhandelingen.

2.3 Wensen van procespartijen: inhoudelijke doelen

Wat zijn de wensen van partijen in een geschil? Bij het vragen naar die wensen hebben professionals die partijen bijstaan het moeilijk: mensen in een geschil hebben vaak onderling tegenstrijdig lijkende verlangens (gelijk krijgen,

winnen, verzoening, oplossing van het probleem), omdat zij in een crisisachtige situatie verkeren, en zeker in de loop der tijd. Hoe dan nog aan die wensen van partijen te voldoen? De verleiding voor professionals, en ook voor proceshervormers, om dan bepaalde inter-pretaties te kiezen, of zelfs voor de mensen te gaan denken, wordt dan groot. De gevaren daarvan, zoals 'self-serving' interpretaties, interpretaties die passen bij eigen invalshoeken, competenties en belangen, zijn groot. Een rechter, bijvoorbeeld, krijgt geen eenduidige feed-back van partijen, en bepaalt zijn handelwijze dus in grote mate zelf. In dat soort situaties worden mensen beïnvloed door wat zij het beste kunnen (bijvoorbeeld een gesprek voeren met partijen over het geschil, of scherpe vragen over de feiten stellen), door eerdere ervaringen (toen ging het de 'bedrogen echtgenoot' ook om erkenning), door wat zij het liefste doen (een oplossing tot stand brengen of een vonnis schrijven), of door wat zij in het verleden voor zichzelf hebben bestempeld als een handelwijze die werkt (eerst aan partijen vragen wat nu echt het probleem is, een tussenvonnissen wijzen met een bewijsopdracht).¹¹

Objectieve informatie over de doelstellingen van partijen is dus belangrijk, ook als die statistisch van aard is.¹² Enig inzicht in de mate van voorkomen van verschillende inhoudelijke doelstellingen in conflicten geeft het recente WODC-onderzoek *Geschilbeslechtingdelta 2003*.¹³ Daarin werd (na afdoening van het geschil) aan respondenten – privé-personen; ondernemingen of andere organisaties maakten geen deel uit van het onderzoek – gevraagd wat voor hen het voornaamste doel was dat zij bij het aanpakken van hun geschil wilden bereiken en wat eventuele nevendoelen waren. De meest genoemde doelen waren:

- Een bepaald geldbedrag ontvangen (17,2%);
- Vervanging of herstel van product of dienst (16,7%);
- Gerechtigheid / eigen rechten bekrachtigen (10,8%);
- Voorkomen dat het nog een keer gebeurt / iemand anders overkomt (8,6%; het vaakst als nevendoel genoemd);
- Andere arbeidsomstandigheden (6,9%);
- Kwijtschelding van een rekening of vordering (6,4%);
- Gedragsverandering bij de andere partij (5,8%);
- Excuses (3,6%; vaak als nevendoel genoemd);

Wat opvallend genoeg nauwelijks voorkwam, waren hoofddoelen als 'Een oordeel over wie schuldig is' (0,5%) en 'Publiekelijk bekend maken van de schuldige' (0,2%). Het spiegelbeeld, 'Eigen onschuld bewijzen' (1,5%) en 'Het zuiveren van mijn naam' (1,4%) kwam iets vaker aan de orde. Als nevendoelen kwamen beantwoording van schuld- en verantwoordelijkheidsvragen wel iets vaker voor, maar ook niet bij meer dan enkele procenten van de respondenten. Deze gegevens, maar ook de grote variëteit in doelen, zijn wellicht opmerkelijk voor sommige juristen. Als zij deze percentages hoger hadden ingeschat, is dat een goed voorbeeld van de manier waarop de eigen achtergrond en competenties iemands interpretatie van de werkelijkheid kunnen beïnvloeden.

2.4 Wensen van procespartijen: procedurele doelen

Naast wat partijen willen bereiken in een procedure, hebben ze ook hun wensen omtrent de wijze waarop een procedure dient te verlopen zodat ze met de uitkomst vrede kunnen hebben. Dat is de centrale gedachte

⁸ Over rechtsvorming zijn enige cijfers bekend: in één jaar vormde de civiele kamer van de Hoge Raad 156 regels, 16 vuistregels, 9 afwegingsregels en 61 andere aanwijzingen. Ongeveer de helft van de gevormde regels had betrekking op het civiele procesrecht, en er werd dus relatief weinig materieel recht J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei, Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door civiele cassatie: een analyse en denkrichtingen voor de toekomst*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1998, Bijlage 3 en 4.

⁹ M. Galanter, 'Words of Deals: using negotiation to teach about legal process', *Journal of Legal Education*, (1984) vol. 34, pp. 268-276; ook: Herbert M. Kritzer, *Let's Make a Deal. Understanding the Negotiation Process in Ordinary Litigation*, Wisconsin 1991.

¹⁰ R.M. Mnookin & L. Kornhauser, 'Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce', *The Yale Law Journal* (1979) pp. 950 e.v.; Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, t.a.p.

¹¹ Jonathan Baron, *Thinking and Deciding*, Third Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 195 e.v.

¹² De procedure inrichten naar vaker voorkomende wensen en doelen van partijen vergroot immers de kans dat de procedure aansluit bij de (altijd weer andere) wensen en doelen van individuele partijen.

¹³ B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, (m.m.v. M. van Gammeren-Zoetewij), WODC Onderzoek en Beleid 219, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2004.

binnen een onderzoekstraditie van vooral sociaal-psychologen onder het label ‘social justice’ of ‘procedural justice’.¹⁴ Blijkens dit onderzoek is voor de meeste mensen de volgorde van prioriteit als volgt:

- een faire procedure (voorafgaand aan het geschil, in onderhandelingen met de wederpartij en in procedures voor rechters en andere neutrale functionarissen);
- een faire uitkomst als het op verdeling van geld of goederen aankomt;
- de omvang van wat zij per saldo aan geld of goederen uit de procedure halen.

Opvallend is de lage prioriteit die de uitkomst van een procedure in dit onderzoek krijgt. In empirisch onderzoek in het veld lijkt de uitkomst van de rechterlijke beslissing overigens een groter gewicht te hebben voor de acceptatie dan de procedure.¹⁵ De verklaring voor de discrepantie tussen deze bevindingen kan tweeledig zijn.

Ten eerste kan dit het gevolg zijn van de eerder door ons gesignaleerde diversiteit in onderzoeksdesigns: het laboratoriumexperiment naast het veldonderzoek. Bij het empirisch onderzoek naar de waardering van rechtspraak kunnen de elementen van een faire procedure niet systematisch worden gevarieerd en gemeten: mensen krijgen geen procedures aangeboden zonder goede hoor en zonder veel respect om het effect op hen waar te nemen. Ergo: wat mensen in een procedure waarderen, is moeilijk af te leiden uit wat ze vinden van de procedure die ze nu in feite wordt aangeboden. Wel kunnen verschillen in waardering worden geconstateerd en geïnterpreteerd als er keuze-mogelijkheden

zijn, zoals bijvoorbeeld die tussen overeenstemming bereiken en een rechter laten beslissen. Ten tweede zou men kunnen stellen dat in het experimentele onderzoek het belang van het geschil en de oplossing daarvan in veel mindere mate aanwezig is dan bij onderzoek waarin men zich baseert op feitelijke geschillen en hun oplossing. Een dergelijke verklaring veronderstelt dat er sprake is van een concurrerende theorie (ten aanzien van die van Tyler c.s.) die veronderstelt dat het eerst en vooral de uitkomst is die de aanvaardbaarheid bepaalt. De gedachte daarbij is dat mensen de feiten, zoals de uitkomsten van een proces, voor zichzelf en de naaste omgeving begrijpelijk maken door naar oorzaken te zoeken. Procederen wordt, ook als men nauwelijks bij het proces betrokken is en ook als men zich slechts verweert, gezien als een bewuste handeling die gerechtvaardigd moet kunnen worden: er zijn standpunten in het geding die men kennelijk het verdedigen waard acht. De *egotistische* variant van de attributietheorie zegt dat men geneigd is successen aan zichzelf of aan een persoonsgebonden factor toe te schrijven (‘ik heb er hard aan getrokken’, ‘ik vocht voor een goede zaak’) en verliezen aan anderen of aan externe factoren (‘de rechter luisterde niet’, ‘ik had een pro deo-advocaat’). Hoe meer het zelfrespect in het geding is en dat is vooral het geval met particulieren op zoek naar het recht in hun zaak, des te sterker is de drang tot egotistisch rechtvaardigen.¹⁶ De attributietheorie beschikt in zoverre over betere kaarten dat ze verklaart waarom winnaars aanmerkelijk beter te spreken zijn over de ‘fairness’ van procedures dan verliezers.¹⁷

Deze discussie betreft vooral de rangorde in belang van uitkomst en procedure. Wat die ook is, de theorie van de procedurele rechtvaardigheid en de bijbehorende empirische onderzoeken blijven een belangrijk ijkpunt als wordt gestreefd naar een inrichting van de procedure die overeenstemt met de behoeften van mensen. Volgens deze onderzoekslijn is een procedure fair als deze voldoet aan vier belangrijke kenmerken.

- *‘Voice’*: Gehoord worden en kunnen deelnemen, houdt in het kunnen deelnemen aan de discussie en het kunnen doen van het eigen verhaal. Controle over de uitkomst van de discussies is minder belangrijk (men begrijpt wel dat in een geschil niet twee partijen de uitkomst kunnen controleren). Over het algemeen waarderen mensen daarom meer informele procedures. Als de juristen onderling debatteren en de beslissingen voor partijen nemen, gaat de waardering omlaag.¹⁸
- *Betrouwbaarheid*. Dit is vooral vertrouwen in de persoon. Het ziet op de bereidheid van de neutrale rechter of mediator ‘to be concerned about their needs’ en hun argumenten serieus te nemen, ook als zij worden verworpen.¹⁹ Het gaat er om dat de neutrale partij hun persoon en hun probleem waardeert en belangrijk vindt en werkelijk probeert een oplossing te vinden die goed voor hen is.
- *Respect* in het interpersoonlijke verkeer: een beleefde behandeling en respect voor iemands rechten en positie binnen de maatschappij zijn daarvan uitingvormen. Maar het gaat veel dieper dan dat. Een procedure is voor veel mensen één van de weinige intensieve contacten met de overheid, en voor hen een belangrijk signaal hoe de samenleving hen waardeert. Sommige auteurs

spreken zelfs van een aparte soort rechtvaardigheid: ‘interactional justice, waarin de nadruk ligt op eerlijkheid, openheid, beleefdheid, nalaten van onbehoorlijke vragen en rechtvaardiging voor gedrag.’²⁰

- *Neutraliteit*: in de zin van professionalisme, (juridische) expertise, neutrale toepassing van regels, ontbreken van vooroordeel, beslissingen gebaseerd op feiten, en niet op persoonlijke oordelen.

Tyler, de leidende onderzoeker op dit gebied, merkt op dat de basis voor acceptatie van met autoriteit genomen beslissingen lijkt te verschuiven van de neutraliteit van de belisser naar diens betrouwbaarheid. Dat laatste aspect is volgens hem inmiddels de belangrijkste factor waarop mensen autoriteiten als rechters beoordelen. Mensen waarderen het dat de neutrale partij ‘goedwillend’ (benevolent) ten opzichte van hen is. De tegenkant is dat zij ook zijn geïnteresseerd in de persoon van de neutrale partij. Zij stellen dus een zekere persoonlijke band op prijs. De ‘goedheid’ van een autoriteit staat waarschijnlijk weer voor de manier waarop zij geaccepteerd worden in de maatschappij. Deze (vooral op basis van laboratorium-experimenten vergaarde) kennis kan vergeleken kunnen worden met de uitkomsten van onderzoek naar wraking, waarin de gronden voor wraking soms terug te voeren zijn op een gebrek aan neutraliteit en soms meer te maken hebben met gehoord willen worden en de wijze van communicatie.²¹

Als deze wensen van de ‘klanten’ belangrijk worden gevonden, lijken zij te wijzen in de richting van informele procedures, met meer direct persoonlijk contact.²² Neutraliteit in de zin van het houden van afstand, professionaliteit,

¹⁴ T.R. Tyler, ‘Citizen Discontent With Legal Procedures: A Social Science Perspective On Civil Procedure Reform’, (1979) 45 *American Journal Of Comparative Law*, pp. 871-904; id. ‘Social Justice’, in: R. Brown & S.L. Gaertner (eds.), *Blackwell Handbook of Social Psychology: Intergroup Processes*, Oxford: Blackwell Publishing, 2001; id. (1996), 883.

¹⁵ K. Schuyt, A. Jettinghoff, E. Lambregts en F. Zwart, *Een beroep op de rechter. 75 jaar rechtspraak sociale verzekering*, Kluwer, Deventer, 1978; H. Genn, *Paths to justice. What people do and think about going to law*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 1999; H. Genn en A. Paterson, *Paths to Justice: What people in Scotland do and think about going to law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001; W. Minekus, ‘Over verliezers en zondebokken: procesbeleving en attributietheorie in het civiele recht’, in: M. Malsch (red) *De burger in de rechtspraak, Ervaringen en percepties van niet-professionele procesdeelnemers*, Elsevier, Den Haag 2002; Van Velthoven & ter Voert 2004, t.a.p.

¹⁶ F. Bruinsma, *De Hoge Raad van Onderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2e druk 1999, pp.133-134.

¹⁷ Uit het grootschalige onderzoek van Genn in Engeland bleek dat 93% van de respondenten die een procedure hadden gewonnen van oordeel was dat de uitspraak eerlijk was tegenover slechts 36% van de verliezers (Genn 1999, t.a.p. pp. 202-202). Zie ook: Schuyt e.a. 1978, t.a.p.

¹⁸ Tyler 1997, t.a.p., pp. 885-890. Recent onderzoek suggereert dat partijen liever zelf het woord voeren dan dat zij dat vertegenwoordigers laten doen. D. Shetowsky, ‘Procedural preferences in alternative dispute resolution: A closer, modern look at an old idea’, *Psychology, Public Policy and Law* (in druk) 2004 vond voor relatief kleine belangen een duidelijke preferentie voor procedures waarin partijen zelf hun zaak presenteren (gemiddelde waardering 6.83 op een schaal van 1 tot 10) boven een procedure waarin vertegenwoordigers dat doen (gemiddelde waardering 4.02).

¹⁹ Tyler 1997, t.a.p.

²⁰ R. J. Bies and J. S. Moag, ‘Interactional justice: Communication criteria of fairness’, in: R. J. Lewicki, B. H. Sheppard, and M. H. Bazerman (eds.), *Research on Negotiation in Organizations*, 1: pp. 43-55. Greenwich, CT: JAI Press 1986.

²¹ Vgl. M. ter Voert & J. Kuppens, *Schijn van partijdigheid rechters*, Ministerie van Justitie, WODC Onderzoek en Beleid 199, Den Haag 2002.

²² Daar wordt ook constant een voorkeur voor gevonden, zie: Tyler 1997, t.a.p.

of formele waarborgen, blijkt minder hoog te worden gewaardeerd. De tendens in de Nederlandse rechtspraak om in beginsel compatibiliteit te bepalen en om informeler te zijn, spoot hiermee. Maar de tendens naar een persoonlijker behandeling en contact is daar nog maar net ingezet en er zijn nog veel andere elementen van het proces die niet op deze en andere wensen van de gemiddelde geschilpartner zijn afgestemd. Veel Amerikaans onderzoek laat bijvoorbeeld zien dat mensen een 'settlement conference' (de Amerikaanse versie waarbij advocaten een grote rol spelen, de Nederlandse is, afhankelijk van de behandelend rechter, meer 'van partijen') beschouwen als een onderonsje tussen advocaten en rechter. Zij waarderen deze lager dan een trial (de Amerikaanse versie met een uitputtende mondelinge behandeling in aanwezigheid van partijen) en dat weer lager dan mediation.²³ Uiteraard gaat het niet om het etiket, of de opleiding danwel achtergrond van de neutrale partij. Waar het op neerkomt is of de concrete setting zodanig is dat de neutrale partij vorm kan geven aan processuele voorkeuren van partijen en waarden zoals hoor, de mogelijkheid tot deelname en wederhoor, betrouwbaarheid, vertrouwen, begrip, bijdrage aan een goede oplossing, respect en (niet afstandelijke) neutraliteit.

Werd vroeger vooral onderzocht hoe mensen mediation in het algemeen waardeerden, er komt ook steeds meer onderzoek beschikbaar over de elementen die partijen in een mediation belangrijk vinden. Die uitkomsten lijken net zo relevant voor wat zij in een procedure bij de rechter op prijs zullen stellen, zeker als die één van zijn bemiddelende functies vervult. De meest recente onderzoeken wijzen er op dat partijen niet alleen het faciliteren van onderhandelingen en het werken aan de onderlinge verhoudingen door een mediator waarderen, maar ook dat een mediator op de juiste manier voorbereide en in de ogen van partijen relevante 'evaluatieve' uitspraken doet.²⁴ Wat de

condities voor acceptatie van een normatieve uitspraak van een mediator zijn (en voor zo'n uitspraak door een rechter tijdens een comparitie lijkt hetzelfde te gelden), is nog onvoldoende onderzocht. Aandacht trekt vooral dat partijen de evaluatieve uitspraken van een mediator vooral waarderen als die relevant zijn voor hun besluitvorming. Lang niet alle beslissingen van de rechter in het huidige proces (denk aan tussenbeslissingen over alle mogelijke procedurele geschilpunten en voorvragen) hebben directe relevantie voor de besluitvorming van partijen.

Wat deze literatuur in ieder geval laat zien, is dat wensen van procespartijen empirisch onderzoekbaar zijn en niet zelden afwijken van wat professionele procesdeelnemers als wenselijk zien, of zelfs aannemen dat de wensen van hun cliënten zijn. Meer praktisch onderzoek, dat er op gericht is deze wensen al experimenterend te vertalen in concrete werkwijzen in de rechtszaal en in de verdere procedure lijkt een mogelijke vervolgstap.

2.5 Toegang tot het recht: kosten en baten

Tot dusver is hier vooral gekeken naar de baten die partijen van een procedure verwachten. Maar zij zullen daar ook een prijs voor moeten betalen. Dat is de problematiek van de toegang tot het recht: hoe goed zijn rechtshulp en rechter toegankelijk? We zullen hier later nog uitgebreid op ingaan.

De mate van toegang tot het recht kan bijvoorbeeld worden geëxpliciteerd door te kijken naar de 'kosten' die een persoon voor toegang tot een behoorlijke oplossing moet opbrengen. Die bestaan onder meer uit de volgende typen 'lasten' die de burger ervaart:

- Informatiekosten en zoekkosten om bij de juiste hulp en de juiste soort neutrale (rechterlijke) interventie terecht te komen;
- Kosten van rechtshulp en andere soorten

(partijdige) hulp in geschillen (voorzover door partijen gedragen);

- Kosten van rechter, deskundigen en andere neutrale interveniërende personen (voorzover door partijen gedragen);
- Kosten van door partijen bestede tijd;
- Kosten van onzekerheid, zoals rendementsverlies op investeringen gedurende onderhandelingen en procedures;
- Emotionele lasten, zoals stress;
- Lasten van eventuele fouten door rechters en anderen;
- Mogelijke schade aan de relatie en aan reguleringsmechanismen daarbinnen (reputatie, wederkerigheid, vertrouwen).²⁵

In een rechtssociologische benadering wordt in de eerste plaats gekeken naar de vraag hoe sociale condities de afweging van de verschillende kosten en baten bepalen. Die afweging, die voor individuele partijen heel verschillend kan uitvallen, bepaalt of partijen bij een geschil in actie komen en welke stappen ze dan ondernemen. De verwachting is dat een benadeelde partij lang niet altijd tot stappen zal overgaan; dat is met name het geval als het belang ten opzichte van de verwachte prijs in kosten en tijdsinvestering relatief gering is, of als de succeskans betrekkelijk laag wordt ingeschat. Komt de benadeelde wel in het geweer, dan zullen beide partijen, als het maar even kan, een geschil onderling proberen te regelen, omdat ze daarmee de veelal substantiële kosten van een gerechtelijke procedure uitsparen. Er zijn tal van redenen waarom dat overleg toch kan mislukken. Te denken valt aan: een uiteenlopende

inschatting van de juridische merites van de zaak en van de kans op succes in de rechtszaal, onvoldoende onderhandelingsvaardigheid bij de ene en/of de andere partij, het innemen van een strategische positie, of uiteenlopende belangen van cliënt en rechtshulpverlener.²⁶

De in de vorige alinea beschreven conflictoplossing gaat dus gepaard met kosten, die bij een gerechtelijke procedure veelal aanzienlijk hoger zullen zijn dan bij een onderlinge schikking. Tegenover die kosten staan baten voor de partijen zoals die in paragraaf 2.3 en 2.4 zijn omschreven. Bijvoorbeeld doordat ze, na de betaling van een schadevergoeding van de een aan de ander, samen verder kunnen in een relatie waaraan ze beiden profijt ontnemen. Of doordat een erfstuk terechtkomt bij diegene die er het meeste waarde hecht.²⁷

De rechtseconomische benadering van deze afweging verschilt niet wezenlijk van de rechts-sociologische: zij is mogelijk iets meer toegespitst op de kosten en baten in financiële zin.²⁸ Daarbij bestudeert men niet alleen de kosten- batenafweging voor iedere individuele partij, maar past men deze benadering ook toe op de (door overheid of markt) aangeboden procedures. In dat licht let men op het aspect van het zo laag mogelijk houden van beslissingskosten en foutkosten. Beslissingskosten zijn dan de hiervoor opgesomde kosten van onderhandelen en procederen, waarbij men kan onderscheiden tussen kosten voor de rechterlijke macht en – administratieve – lasten van geschiloplossing voor burger en bedrijf.

²³ Tyler 1997, t.a.p.

²⁴ Zie: Nancy A. Welsh, Stepping Back Through the Looking Glass: Real Conversations with Real Disputants About Institutionalized Mediation and Its Value, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, (2004), pp. 573-678 met verwijzingen naar de eerdere literatuur.

²⁵ Maurits Barendrecht & Peter Kamminga, *Toegang tot recht: de lasten van een uitweg*, Onderzoek uitgevoerd in opdracht van de Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling (in druk), 2004.

²⁶ K. Arrow, M. Mnookin, R.H., Ross, L., Tversky, A., Wilson, R. (Eds.) (1995), *Barriers to Conflict Resolution*, W.W. Norton & Company New York; geeft een goed overzicht van de 'barriers to conflict resolution'.

²⁷ De standaard kosten-baten analyse uit de economische benadering zal alleen het saldo van de baten voor beide partijen meewegen. Of geld, dan wel eigendom, bij de ene partij of bij de andere partij terecht komt beschouwen zij als een herverdelingskwestie, die niet leidt tot een hoger saldo aan maatschappelijke baten. Maar het is ook mogelijk om een 'verkeerde' verdeling van baten over partijen als een fout te waarderen, waaraan lasten (maatschappelijke kosten) zijn verbonden. Zie: Richard O. Zerbe Jr., *Economic efficiency in law and economics*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton Ma., 2001; B.C.J. van Velthoven en G. Suurmond, 'Doelmatigheid in de rechtshuishouding', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, (2003), jrg. 164, nr. 3, pp. 132-144.

²⁸ Bruce H. Kobayashi and Jeffrey S. Parker, '7000 Civil Procedure: General' en Andrew F. Daughety, '7400 Settlement' in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000 voor een overzicht van de rechtseconomische literatuur over procesrecht.

Foutkosten zijn dan de kosten van ‘verkeerde/ onrechtvaardige’ schikkingen en beslissingen.²⁹ De inrichting van een procedure bepaalt daarbij niet alleen de prijs van toegang tot het recht als partijen gaan procederen, maar heeft ook invloed op de prijs van een oplossing die partijen in de schaduw van het recht zullen vinden. Beter toegankelijke rechtspraak en grotere voorspelbaarheid van de uitkomst kunnen bijvoorbeeld een bijdrage leveren aan de snelle totstandkoming van goede oplossingen.

Om de verhouding tussen kosten en baten zo gunstig mogelijk te laten zijn, ligt het voor de hand om vooral naar de organisatorische kant van de individuele zaak te kijken. Maar op het macroniveau zijn economische perspectieven hier eveneens relevant. Zo worden financiële kosten van een procedure voor een deel gesubsidieerd (rechtshulp voorzover niet betaald uit eigen bijdrage; rechter voorzover niet gedekt door griffierecht). Dat betekent weer dat een deel van deze kosten op de gemeenschap drukken. Hoe verantwoord is dat macro-economisch? Dat is de vraag naar de werking van de markt voor juridische diensten om aan de vraag naar die diensten tegemoet te komen? Welke regulering van die markt is optimaal?³⁰ Wat laat men aan de markt en wat doet de overheid, al dan niet via de rechterlijke macht? Hoe concurreren markt en overheid met elkaar (rechtspraak en ADR)?³¹

2.6 Maatschappelijke doelmatigheid

Dit perspectief mag hier niet onvermeld mag blijven, al was het maar omdat het een

prominente rol speelt in het recente WRR-rapport over de toekomst van de nationale rechtsstaat.³² In dat eveneens aan de rechtseconomie ontleende perspectief staat de doelmatigheid voor de samenleving als geheel centraal. Veranderingen in het procesrecht kunnen worden aangemerkt als doelmatig wanneer het totaal van de effecten per saldo een positieve bijdrage levert aan maatschappelijke welvaart. Want vanuit een rechtssociologische en een rechtseconomische benadering zijn er immers nog andere kosten en baten dan die voor partijen in een geschil. Die baten bestaan hieruit dat ook anderen dan de partijen zelf profiteren van een ordentelijk functionerende rechtspraak en van de conflictoplossing tussen partijen in de schaduw van die rechtspraak. De zekerheid dat onrechtmatig handelen niet zonder gevolgen zal blijven, heeft een belangrijke preventieve werking, waardoor schade wordt vermeden. En die preventieve werking kan des te beter zijn werk doen, wanneer in de voorkomende gevallen het beroep op de rechter tot aanvulling van de jurisprudentie en bewaking van de rechtseenheid leidt.

De invalshoek van de kosten-batenanalyse zou een mooie bijdrage aan de herbezinning kunnen leveren, doordat het aandacht vraagt voor de – ten dele uiteenlopende – belangen van partijen, rechtshulpverleners én niet-gebruikers en aangeeft hoe die belangen op één noemer gebracht kunnen worden. Helaas, zo stelde ook de WRR al vast, hebben we te weinig inzicht in de feitelijke betekenis van de preventieve werking om de vraag naar de doelmatigheid van (wijzigingen in) het procesrecht te kunnen

beantwoorden. Wel kan een beroep worden gedaan op de principes van de (maatschappelijke) kosten-batenanalyse.³³ Een dergelijke invalshoek verruimt de herbezinning op een aantal punten zoals:

- Een verbeterde toegang tot de rechter kan tot een grotere toeloop leiden, maar dat hoeft niet. Een geloofwaardige(r) dreiging met een rechtsgang kan immers een rem zetten op onheus en onrechtmatig handelen, zodat er minder geschillen ontstaan.
- En een geloofwaardige(r) dreiging kan het onderling overleg tussen partijen vergemakkelijken, zodat er vaker wordt geschikt (zie ook de vorige paragraaf).
- Een vergrote aandacht voor fairness in de procedure kan averechtse effecten voor anderen dan de direct betrokkenen hebben. Naarmate procedures langer duren, en door aandacht voor alle specifieke omstandigheden van het geval en een verfijnder weging van de redelijkheid en billijkheid minder voorspelbaar worden, zou dit de onderhandelingen buiten de rechtszaal wel eens kunnen vertragen en bemoeilijken. Daardoor kan ook weer de preventieve werking van het recht worden afgezwakt.

2.7 Beoordeling op meerdere doelen en functies

Expliciet maken van doelstellingen, perspectieven, criteria en functies leidt tot verheldering. Maar er zijn veel ijkpunten, die elkaar deels overlappen, deels elkaar aanvullen en op een enkel punt zelfs in strijd met elkaar lijken te komen. Aanbrengen van een zekere rangorde, waarbij bepaalde ijkpunten prioriteit krijgen, kan zinnig zijn. Als illustratie daarvan is in bijgaand kader uitgeplisd hoe volgens een onderzoek uit 2001 rechters in het algemeen en civiele rechters in het bijzonder aankijken tegen enkele van de doelstellingen die ook door de herbezinningen worden genoemd.

De aanbodkant: wat willen rechters bieden?		
In een NJB-enquête uit 2001 werden enkele van de genoemde doelstellingen aan rechters voorgelegd. Hun werd verzocht om zes taken te rangschikken op volgorde van meest belangrijk (1) naar minst belangrijk (6). De gemiddelde scores in de civiele sector (n=266) en over het totaal (n=669) bedroegen in volgorde van prioriteit voor civiele rechters:		
	Civiele rechters	Rechters algemeen
Snel en adequaat bedienen van justitiabelen en de rechtsgemeenschap	2,35	2,41
Oplossen van conflicten;	2,39	2,69
Beslechten van juridische geschillen;	2,50	2,45
Geldende recht toepassen;	3,56	3,58
Handhaven van recht;	3,70	3,72
Op actieve wijze bijdragen aan de rechtsontwikkeling;	5,06	5,00
Daarbij was opvallend, zoals Bruinsma schreef, dat de dienstverlenende taken, waaronder geschilbeslechting en geschiloplossing gemiddeld veel belangrijker werden gevonden dan de drie ‘systeemtaken’, waaronder rechtshandhaving en rechtsontwikkeling. Nog sprekender en relevant voor het onderhavige onderwerp is dat in de civiele sector het oplossen van conflicten gemiddeld iets belangrijker wordt gevonden dan het beslechten van juridische geschillen.		
Bron: F. Bruinsma, Rechters in Nederland. Een NJB-enquête, NJB 2001, pp. 1925 e.v.		

²⁹ Zie voor een toepassing daarvan op de geschilbeslechting bij letselschade W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2004. Het door de herbezinningen aangegeven doel van ‘efficiëntie’ kan bijvoorbeeld op deze manier worden geoperationaliseerd.

³⁰ Zie bijvoorbeeld de projecten op dit gebied van de Europese Commissie, het Ministerie van Economische Zaken en de NMA als blijktend uit: Communication From The Commission: *Report on Competition in Professional Services*, COM(2004) 83 final, 9 February 2004; Ministerie van Economische Zaken (Jeroen van den Heuvel Rijnders, Iris Lackner en Hans Verkerk). *Publieke belangen en marktordening bij vrije beroepen*, 2004 en NMA-Agenda 2004.

³¹ Zie bijvoorbeeld Gillian K. Hadfield, ‘The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System’, *Mich. L. Rev.* (2000) vol. 99:4; J.M.Barendrecht, ‘Bedrijfsmatige juridische dienstverlening en toegang tot het recht: actievere regulering is nodig’, NJB 2003, pp. 1848 e.v.; F. Bruinsma en J. Gunst, ‘Hoe commercieel zijn advocaten? MNP en MDP in ieder geval een brug te ver’, NJB 2004, pp. 1020 e.v.

³² Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, SdU Uitgevers, Den Haag 2001.

³³ B.C.J. van Velthoven en G. Suurmond, t.a.p. 2003, pp. 132-144.

Maar, zoals dit overzicht ook suggereert, is het de vraag of het wel nodig is om het eens te worden over doelstellingen en functies? Dat lijkt niet het geval, want de meeste van de genoemde ijkpunten sluiten elkaar niet uit. Voor dat soort gevallen met meerdere ijkpunten is de methode van multi-criteria analyse ontwikkeld.³⁴

Toepassing van dat type benaderingen kan zichtbaar maken dat sommige verbetervoorstellen op meerdere doelstellingen, criteria of functies goed zullen scoren, of zelfs op allemaal. Soms levert één van de beoordelingscriteria een duidelijk knelpunt op, zodat helder wordt in welke richting het voorstel verbetering behoeft. Andere voorstellen zijn mogelijk in strijd met een te groot aantal criteria om invoering te overwegen. Er zijn waarschijnlijk ook voorstellen die moeilijk kunnen worden getoetst aan bepaalde criteria, zonder dat eerst extra gegevens worden verzameld.

Procesinleiding met een verzoekschrift in plaats van een dagvaarding bijvoorbeeld, kan positief worden beoordeeld op dienstverlenendheid en op de hoogte van kosten. Omdat het de toegang tot de rechter vergemakkelijkt, zal het op de meeste functies die het proces in de praktijk voor partijen heeft ook goed scoren. Of hoor en wederhoor van moeilijk bereikbare verweerders zo voldoende kan worden gewaarborgd, lijkt het belangrijkste vraagpunt, en op dat punt moet dus misschien nog verder worden doorgedacht. We zouden bijvoorbeeld ongeveer moeten weten of deurwaarders er beter in slagen dat soort mensen te bereiken dan de post, en in welke soorten gevallen.

Langs deze route kan dus een enigszins objectieve manier van beoordeling van cruciale voorstellen worden ontwikkeld en ontsnapt men aan welles nietes discussies, of aan discussies die langs elkaar heen gaan, omdat de deelnemers aan de discussie verschillende doelen of functies van het proces voor ogen hebben als zij

over de voorstellen praten. Tenslotte kan helder worden dat sommige voorstellen grote voordelen hebben, waarbij kleinere nadelen op de koop toe zullen moeten worden genomen. Wezenlijke verbetering is zelden mogelijk zonder dat bepaalde, al dan niet gevestigde, belangen worden geraakt.

³⁴ Zie bijvoorbeeld het Multi-Criteria Analysis manual ontwikkeld door het Engelse Office of the Deputy Prime Minister te vinden op http://www.odpm.gov.uk/stellent/groups/odpm_about/documents/page/odpm_about_608524.hcsp dat naast een praktische handleiding veel verdere literatuurverwijzingen bevat.

03

Rechtspraak in relatie tot de totale geschiloplossing

Aanbevelingen commissie

- 1 De meeste geschillen en conflicten worden buitenjuridisch, althans buiten-processueel afgedaan. Tenzij blijkt van een leemte of gebrek, dient dit zo te blijven en waar mogelijk worden bevorderd.
- 2 Uitbreiding van buitenjuridische, althans buitenprocessuele conflicthanteringsmechanismen is wenselijk. Te denken is onder meer aan algemene procesvoorwaarden, klachtencommissies, gedragscodes, pre-action protocols, offers to settle, rechtsbijstand-verzekeraars, materieel-rechtelijke oplossingen.
- 3 De mogelijkheden om de rechter in de voorfase in te schakelen dienen te worden verruimd, mede als uitdrukking van zijn dienstverlenende taak: preprocesuele schikkingscomparitie, voorlopige beoordeling van de zaak, spreekuur-rechter, preprocesuele voorlopige bewijsopname (verdergaand, die ook het overleggen van documenten omvat), en een preproces-suele conferentie, met name in gevallen van massaschade.
- 4 De verhouding van mediation en overheidsrechtspraak is een complementaire. Mediation dient te worden bevorderd, zowel vóór als tijdens de procedure, zonder dat dit (vooralsnog) uitmondt in een verplicht stellen ervan. Inzet dient te zijn het ontwikkelen van een gericht en gefaseerd mediationbeleid. De overheid heeft hierbij initiërende, regelgevende en faciliterende taken.

Onder de kop 'overheidsrechtspraak als een wijze van conflicthantering' formuleert de commissie de wenselijk geachte positie van de rechtspraak. Conflicten moeten als het even kan buitenprocessueel worden afgedaan. Naast een uitbreiding van dergelijke voorzieningen – met een accent op mediation – moet echter ook de mogelijkheid van vroegtijdiger inschakeling van de rechter geboden worden. Wat van deze aanbevelingen te denken? In hoeverre zijn ze gebaseerd op kennis van de feitelijke situatie in ons land en voor zover veranderingen worden voorgesteld, wat daarvan te denken vanuit de kennis die we over het beroep op de rechter feitelijk hebben? Voor de uiteindelijke beoordeling van de voorstellen zal waarschijnlijk mede bepalend worden of zij tot een groter beroep op de rechter, dan wel ertoe bijdragen dat partijen hun geschillen vaker zelf oplossen.

In paragraaf 3.1 wordt eerst een beeld geschetst van de wijze waarop geschillen in Nederland door betrokkenen worden opgelost en de frequentie van de rechterlijke tussenkomst daarbij. In paragraaf 3.2 komen de factoren aan de orde die het beroep op de rechter bepalen. Daarbij gaat het zowel om factoren aan de kant van het aanbod- als de vraagzijde die de keuzes van partijen beïnvloeden. Omdat de commissie veel aandacht schenkt aan alternatieve geschiloplossing worden deze voorzieningen vervolgens separaat besproken. In paragraaf 3.3 komt aan de orde het gebruik van alternatieven die de eiser/initiatiefnemer zelfstandig kan kiezen ten opzichte van het gebruik van alternatieven waar partijen samen voor moeten kiezen. In paragraaf 3.4 gaat de aandacht naar de wijze waarop rechtspraak en alternatieven (zoals mediation) op elkaar aansluiten en op elkaar af kunnen worden gestemd.

3.1 Naar de rechter hoe en hoe vaak?

Over de wijze waarop Nederlandse burgers hun conflicten (met elkaar, met bedrijven en met de overheid) oplossen en op welke instanties ze daarbij een beroep doen, weten we betrekkelijk veel dankzij empirisch onderzoek.³⁵ Vertrekpunt van dat onderzoek vormt een schatting van het aantal en de aard van de conflicten waarvoor burgers op grond van het bestaande civiel- en bestuursrecht redelijkerwijs een beroep op de rechter kunnen doen. Nagegaan wordt vervolgens welke conflicten via welke wegen – waaronder de gerechtelijke procedure – al dan niet tot een oplossing gebracht worden en welke factoren die geschilbeslechtingsspatronen verklaren. Voor ons land vormde de studie *De Weg van het recht* van Schuyt e.a. het vaak geciteerde begin.³⁶ Het onlangs verschenen WODC-onderzoek *Geschilbeslechtingsdelta 2003* van de hand van Van Velthoven en Ter Voert actualiseert onze kennis op dat punt.³⁷ Opmerkelijk genoeg geven de data over de manieren waarop men met verschillende conflicten omgaat een tamelijk stabiel beeld. Kort een aantal bevindingen die in het kader van deze kaart en de fundamentele herbezinning relevant zijn.

- Uitgaande van de afgesloten problemen wordt een zeer groot deel (45%) wordt door de direct betrokkenen zelf opgelost; voor 11% van de conflicten wordt een officiële procedure gestart;
- Dit is verdeeld in 6% officiële procedures bij buitengerechtelijke instanties en in 5% bij gerechtelijke;³⁸
- Uiteindelijk wordt 7% van de problemen beëindigd door een beslissing in een officiële procedure. Dit wijst erop dat de meeste problemen – die op zich zouden kunnen leiden tot een dergelijke wijze van

³⁵ Dat onderzoek vond zijn aanleiding deels in de beleidsmatige aandacht voor de toegang (van minder draagkrachtigen) tot het recht (via de gesubsidieerde rechtsbijstand), deels in de voornamelijk Amerikaanse literatuur over het verloop van geschilbeslechtingprocessen (dispute resolution) en de rol van het recht daarin (litigation).

³⁶ C.J.M. Schuyt, C. Groenendijk en B. Sloot, *De weg naar het recht*, Kluwer, Deventer 1976.

³⁷ Van Velthoven & Ter Voert, t.a.p. 2004. Deze studie bevat ook een samenvatting van de relevante onderzoeksliteratuur sedert dien verschenen. Korthedshalve verwijzen wij hier daarnaar.

³⁸ Die verhouding verandert nagenoeg niet als men kijkt naar de uiteindelijke verdeling bij de afdoening van de conflicten. Het gerechtelijke aandeel neemt iets toe als gevolg van de verschuiving van problemen van de buitengerechtelijke naar gerechtelijke instanties.

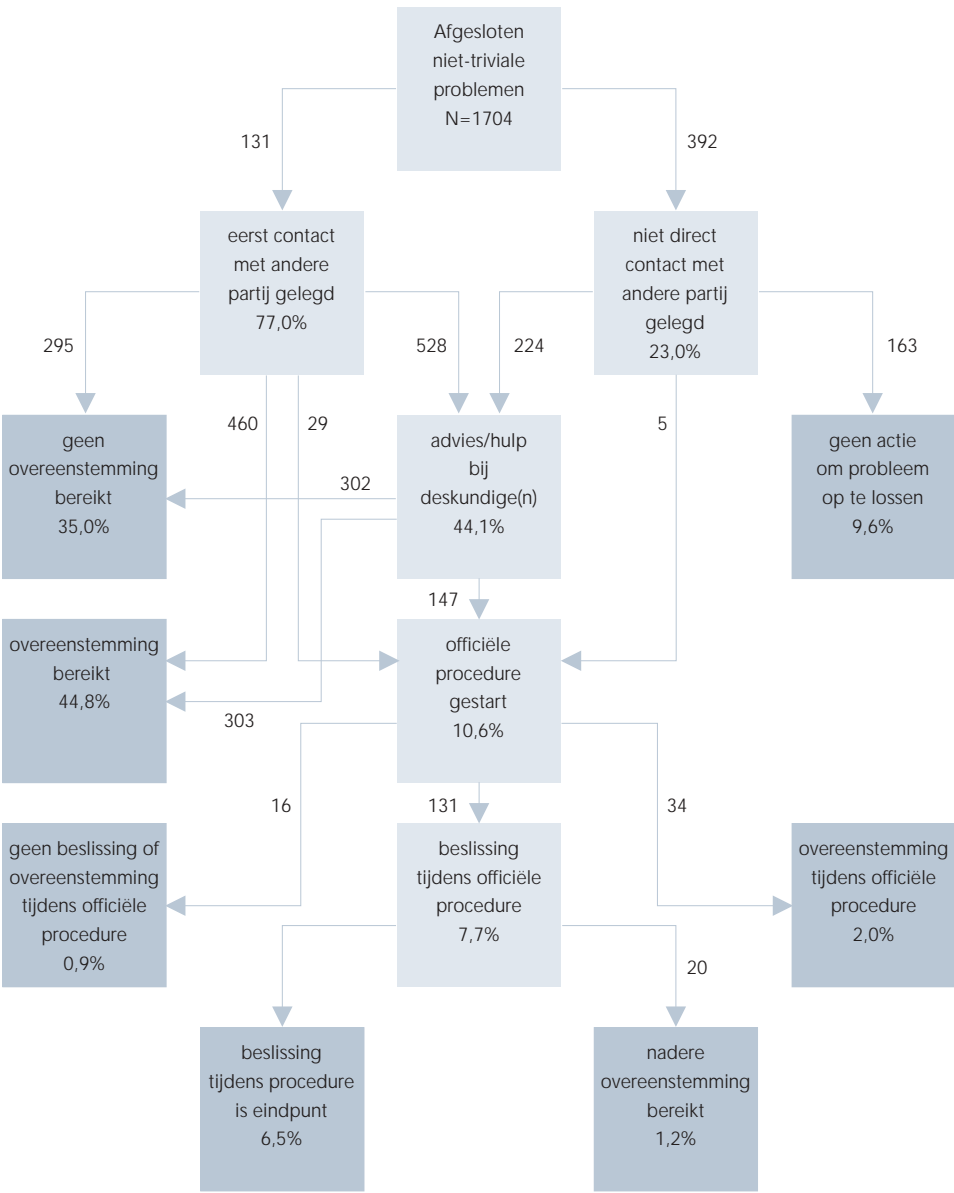
- beslechting - niet terechtkomen in het circuit van de rechtspraak;
- Op jaarbasis heeft een heel kleine categorie Nederlanders - nog geen 2% - met een rechter (hetzij als eiser, hetzij als gedaagde) van doen.
 - De deskundige hulp die mensen bij het oplossen van hun conflicten inroepen is sterk gespreid. Alleen vakbonden hebben een marktaandeel van net boven de 10%. Zelfs de advocatuur (8,5%) haalt dat niet.³⁹ Daarna volgen maatschappelijk werk (8,2%), bureau's rechtshulp (6,8%), politie (5,9%), rechtsbijstandsverzekeraars (5,2%), sociaal raadslieden (4,6%), wets- en rechtswinkels (4,2%), rechtskundig adviseurs (4,0%) en nog heel veel andere soorten aanbieders van hulp en advies. Daarbij moet worden aangetekend dat het patroon met betrekking tot de inschakeling van instanties en deskundigen duidelijk varieert met de aard van het probleem;
 - Om en nabij de helft van de problemen blijft onopgelost maar slechts ten dele komt dat door passiviteit van de betrokkene. In 10 % van de gevallen wordt geen actie genomen, en in 35 % wordt wel actie genomen richting de tegenpartij maar geen oplossing bereikt (waarvan in meer dan de helft van de gevallen na raadpleging van een deskundige);

- Men is over het algemeen tevreden over de bruikbaarheid van de hulp die men krijgt, waarbij rechtskundig adviseurs het beste scoren (4,3 op een schaal van 1 tot en met 5), gevolgd door advocaten (4,2), rechtsbijstandsverzekeringen en bureaus rechtshulp (4,0), sociaal raadslieden (3,9) met de politie als hekkensluiter (3,4%).⁴⁰ Signalen dat men de toegang tot het recht financieel bezwaarlijk vindt, zijn er eigenlijk alleen als het gaat om de inschakeling van advocaten.⁴¹

Een bevinding die bijzonder de aandacht vraagt is het patroon van de diversiteit aan oplossingen van geschillen en met name de positie van de gerechtelijke procedure daarin. De grafische weergave van dat patroon (zie afbeelding hiernaast) maakt een en ander in een oogopslag duidelijk.

Dit beeld maakt ondubbelzinnig duidelijk in welke overstelpende mate het aanpakken en oplossen van juridische problemen in ons land buiten de rechter (en de advocatuur) om geschiedt.⁴² Dat blijkt ook wanneer we het Nederlandse patroon plaatsen in een Europese context.

Gewezen kan worden op het werk van Blankenburg, Verwoerd en Simsa waarin het



Bron:

B.C.J. van Velthoven en M.J. ter Voert, *Geschiedenis van de geschilbeslechtingsdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Ministerie van Justitie, WODC Onderzoek en Beleid 219, p. 117.

³⁹ Omgerekend naar het aantal personen dat contact heeft, betekent dit dat op jaarbasis zo'n 4% van de Nederlanders bij een advocaat terecht komt.

⁴⁰ Van Velthoven & Ter Voert, t.a.p. 2004, p. 111.

⁴¹ Als respondenten de stelling wordt voorgelegd: 'Advocaten vragen te veel geld voor het werk dat ze doen', is het gemiddelde antwoord een 4,1 (op een schaal van 1 (geheel oneens) tot 5 (geheel eens), Van Velthoven & Ter Voert, t.a.p., 2004, p. 73.

⁴² Terzijde wordt opgemerkt dat het patroon van de beslechting van geschillen die rijzen tussen rechtspersonen heel wat minder goed in kaart gebracht is, maar voorzover dat het geval is, geldt dit ook daar. Zie: A. Jettinghoff, *Het komt zelden voor. Beheersing van klachten in geschillen in relaties tussen bedrijven*, Nijmegen Metajuridica Publications 2002; G. Rooks, *Contract en conflict: strategisch management van inkooptransacties*, Amsterdam, Thesis 2002. Van de door Rooks onderzochte 1252 transacties tussen leveranciers en afnemers van itc-producten, gaf 70% (902) aanleiding tot problemen; 1% (10) daarvan leidden tot inschakeling van een derde.

⁴³ E. Blankenburg, *Mobilisierung des Rechts: eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin; 1995; id. 'Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighbouring Germany', *The American J. of Comparative Law*, (1998) vol. 46, pp. 1-41; J.R.A. Verwoerd en E. R. Blankenburg, 'Beroep op de rechter als laatste remedie?', *NJB* 1986, pp. 1045-1052; C.E. Simsa, *Die gerichtliche und aussergerichtliche Regulierung von Verkehrsunfällen in Deutschland und den Niederlanden*, Keulen 1995. Ten aanzien van Simsa valt te melden dat haar onderzoek naar de vergelijking van afdoening van autobotsingen in beide landen weer teruggrijpt op het object van onderzoek waarmee de internationale vergelijking van rechtssystemen begon. Zie F. Bruinsma, 'Dealing with Traffic Accidents', in E. Hondius, *Modern Trends in Tort Law. Dutch and Japanese Law Compared*, Kluwer, The Hague 1999, pp. 69-78.

Nederlandse patroon vergeleken wordt met dat in NordRein Westfalen.⁴³ Al deze studies hebben gemeenschappelijk de bevinding dat in ons land naar verhouding aanmerkelijk meer buitengerechtelijk wordt afgedaan. Binnen een bredere vergelijking zoals de onlangs verschenen studie waarin 10 andere Europese landen met ons land worden vergeleken blijkt dat ons patroon ook aangetroffen wordt in met name het Scandinavische cultuurgebied.⁴⁴ We moeten op dit punt zelfs onze meerdere erkennen in Denemarken.⁴⁵

Dat de spreekwoordelijke Nederlandse zuinigheid in het beroep op de rechter ook in longitudinaal verband opmerkelijk is, blijkt uit de gedetailleerde analyse van het beroep op de civiele rechtspraak van Wollschläger (1989) sinds het begin van de 19e eeuw in 12 Europese landen. Ten aanzien van Nederland merkt hij op dat het beroep op de rechter gedurende ruim 135 jaar het geringst is hetgeen hij aanmerkt als het meest opvallende kenmerk. Daarbij merkt hij op: "Solche langfristige Stabilität kann einmal von älteren Institutionen des Rechtsverkehrs, die statistisch nicht erfasst sind, herrühren. Sie kann aber auch durch sozialpsychologische Faktoren bedingt sein".⁴⁶

3.2 Factoren die het beroep op de rechter bepalen

Om een oordeel te vormen over de wenselijkheid van het naar verhouding geringe beroep op de rechtspraak moet men uiteraard inzicht hebben in de factoren die tot het beschreven patroon leiden. Is er sprake van een onbereikbare voorziening, of wordt deze om goede redenen gemeden? Als we ervan uit mogen gaan dat mensen redelijke, doelbewuste

keuzes maken dan betekent dit dat het patroon van geschilbeslechting beïnvloed wordt door twee soorten factoren: de bestaande mogelijkheden waarvan men gebruik kan maken en de afwegingen die mensen vervolgens maken over het te verwachten nut van dat gebruik. Het eerste cluster wordt vaak samenvattend aangeduid als ‘aanbodfactoren’, het tweede als ‘vraagzijdefactoren.’

De eerste factor van betekenis binnen de aanbodzijde is de aard van het *probleem in directe relatie tot instanties* die - gedwongen of vrijwillig - voor het oplossen ervan ter beschikking staan. Conflicten variëren in de mate waarin gerechtelijk en/of buiten-gerechtelijke instanties mogelijkheden bieden om tot een oplossing te komen. Naarmate de oplossing meer gebonden is aan juridisch-procedurele vereisten, biedt dat minder ruimte aan het individuele afwegings-proces en is er meer sprake van rechnoodzaak.⁴⁷ De mate waarin de advocatuur een monopolie heeft op advisering en procesvertegenwoordiging bepaalt mede in hoeverre geschillen gejuridiseerd worden op de wijze die in deze beroepsgroep gebruikelijk is en daarmee ook in hoeverre een beroep op de rechter of buitengerechtelijke instanties wordt gedaan. Andersom geformuleerd: naarmate voor bepaalde problemen vroegtijdig instanties benaderd kunnen worden die conflicten anders definiëren dan in termen van recht is er minder sprake van die noodzaak. Naast het eerder genoemde werk van Blankenburg c.s dat vooral landen-vergelijkend van aard is, vormt de uitkomst van de trendanalyse van het beroep op de civiele en administratieve rechter in de periode 1955-2000 door Van Velthoven dat het groeiende aanbod van advocaten de groei in het beroep op de rechter mede verklaart, een

ondersteuning van deze these.⁴⁸ Overigens lijkt op basis van de ontwikkelingen na 1990 enige twijfel gerechtvaardigd of dit verband er nog steeds is: het aantal advocaten groeit sterk, sterker dan het Bruto Nationaal Product, en de groei van het aantal zaken stagneert.⁴⁹

Een tweede factor is de *organisatie* van de bestaande voorzieningen. ‘Organisatie’ fungeert hier als een overkoepelende term voor verschillende aspecten van de dienstverlening. De variatie in het gebruik daarvan is afhankelijk van zaken als geografische afstand van de voorzieningen en de sociale afstand tussen de gebruikers en de dienstverleners die zich weerspiegelt in de wijze van werken.⁵⁰ Het door meerdere auteurs gesignaleerde informele of pragmatische karakter (i.t.t. het formeel juridische) karakter van de Nederlandse rechtscultuur valt in dit verband te noemen als een relevante factor voor de frequentie van het beroep op de rechter. Deze karakterisering van de Nederlandse rechtscultuur verwijst naar een manier van doen die zowel oplossingsgericht als procedure-georiënteerd is. Een vraag die in dit verband wordt gesteld, is wat het effect zal zijn van recente ingrepen. Het bureau voor rechtshulp, een representant van de-escalerende rechtshulp gaat verdwijnen, en wordt omgevormd tot een juridisch loket met beperkte juridische hulpverlening. Er komt dus meer doorverwijzing naar hulpverleners die wellicht meer juridisering, maar tegelijkertijd wordt het palet van personen naar wie kan worden verwezen verbreed.

Voor de veronderstelling dat zo’n organisatie geen toevalligheid is, valt aan te knopen bij een cultuursociologische benadering zoals die van

Hofstede (1980).⁵¹ Hij typeerde nationale culturen met behulp van vijf min of meer onafhankelijke dimensies: (1) *individualisme – collectivisme*; (2) *onzekerheidstolerantie*; (3) *machtsafstand*; (4) *masculiniteit* en (5) *openheid*. Verschillen in cultuurpatronen kunnen op van invloed zijn door mogelijke verschillen in aard en omvang van conflicten en hun benoeming als een rechtsprobleem.

Verschillen in conflictbenoeming

Conflictonderzoekers hebben met name gekeken naar de invloed die uitgaat van individualisme – collectivisme enerzijds, en hoge versus lage machtsafstand anderzijds. In individualistische culturen, die we vooral in West-Europa en Noord-Amerika aantreffen, zien mensen zichzelf en anderen als autonome en zelfstandige individuen. Onderlinge relaties zijn relatief vluchtig en worden gekenmerkt door een directe en zakelijke omgangsvorm. In collectivistische culturen, die we vooral in Latijns-Amerika, Afrika en Zuid-oost Azië aantreffen, zien mensen zichzelf en anderen vooral als sociale wederzijds afhankelijke leden van groepen. Onderlinge relaties zijn hecht en worden gekenmerkt door een lange-termijn perspectief. Omgangsvormen zijn indirect en sterk gericht op de onderlinge harmonie.⁵² Omdat onderlinge harmonie, hoffelijke omgang en een goede reputatie van groter belang zijn in een collectivistische cultuur is men in conflictsituaties eerder vermijdend dan confronterend, en wordt sneller een beroep gedaan op (formeel of informele)

⁴⁴ J. Blanken e.a., *Bench marking in an international perspective. An international comparison of the mechanisms and performance of the judiciary system*, Ecorys-NEI, Rotterdam 2004.

⁴⁵ P.P.P. Tak en J.P.S. Fiselier, *Denemarken-Nederland: de rechtspleging vergeleken*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2004. Deze studie laat overigens zien dat het lastig is goed te vergelijken vanwege de moeilijk te trekken grenzen tussen gerechtelijke en buiten-gerechtelijke instanties.

⁴⁶ Christiaan Wollschläger, ‘Die Arbeit der euopäischen Zivilgerichte im historischen und internationalen Vergleich. Zeitreihen der euopäischen Zivilprozessstatistik seit dem 19. Jahrhundert’ in: E.R. Blankenburg (Hrsg) *Prozessflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem euopäischen Kontinent*, Köln Bundesanzeiger, 1989. (Citaat: p.56).

⁴⁷ A. Klijn, J. van der Schaaf en G. Paulides, *De rechtbijstandsubsidie herzien*, WODC Onderzoek en Beleid 175, Den Haag 1998.

⁴⁸ B.C.J. van Velthoven, *Civiele en administratieve rechtspleging in Nederland 1951-2000, deel 2: tijdreeksanalyse*, Research Memorandum, sectie Economie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Leiden, 2002. Onderzoekstechnisch is dit een sterkere toets omdat de auteur in zijn analyse factoren constant kan houden die anderen in hun studies slechts als constant veronderstellen.

⁴⁹ Vgl. ook Barendrecht, t.a.p., 2003. Een andere mogelijke kanttekening is dat het overgrote deel van de civiele procedures kantonzaken betreft, waarvoor lang niet altijd advocaten worden ingeschakeld.

⁵⁰ N. F. Van Manen, *De rechtshulpverleners*, Kluwer, Deventer 1987. Hij vatte onder de term ‘bereikbaarheid’ van de organisatie aspecten als: geografische afstand, soort behuizing, sociale afstand en informatieve afstand. De sociale rechtshulpbeweging in ons land uit de jaren zeventig vormt een voorbeeld bij uitstrek van verandering in organisatie van het aanbod.

⁵¹ G.Hofstede, *Culture's consequences*, Sage, London 1980. Nederlandse vertaling: *Allemaal andersdenkenden; omgaan met cultuurverschillen*, Contact, Amsterdam 1995.

⁵² Triandis, H.C., *Culture and social behavior*. McGraw-Hill, New York 1994.

bemiddeling.⁵³ Onderzoek naar de wijze waarop mensen met conflicten omgaan toonde aan dat naarmate de cultuurgebonden machtsafstand groter werd leidinggevend en meer geneigd waren hun standpunt op te leggen en minder geneigd waren erover te onderhandelen. Ondergeschikten, daarentegen, waren meer geneigd toe te geven of het conflict te vermijden.

Bron:
Van Oudenhoven, J.P.L.M., L. Mechelse & C.W.K. de Dreu, 'Managerial dispute resolution in five European countries: The importance of power distance and uncertainty avoidance', *Applied Psychology: An International Review*, (1998), 47, pp. 439-455.

Ook – en voor ons onderwerp van groter belang – kunnen cultuurverschillen invloed hebben op de manier waarop men in verschillende landen organisaties vormgeeft. Zo interpreteert Hofstede de vijf typen van organisaties zoals door Mintzberg onderscheiden in termen van machtsafstand en onzekerheids-vermijding. Het typerende Nederlandse organisatiemodel - *de ad hoc ratie* - is een dorpsmarkt waarop het coördinerende gedrag bestaat uit primair onderlinge afstemming. Het Duitse organisatiemodel - *de professionele bureaucratie* - is een goed geoliede machine waarin gestandaardiseerde gedragspatronen zorgen voor de coördinatie.

Dan nu de vraagzijde. Verklaringen die zien op de kenmerken van de rechtzoekenden kijken naar afwegingsprocessen van kosten en baten. Daarbij kan worden onderscheiden tussen hun financiële vermogen, hun sociaal-psychologisch

vaardigheden en hun perceptie van het eigen strategisch vermogen dan wel dat van de tegenpartij. In het Nederlandse onderzoek met betrekking tot het beroep op rechtshulp heeft het *financiële vermogen* ruime aandacht gekregen.⁵⁴ Daaruit is de invloed van de prijs – de prijselasticiteit - van het gerechtelijke traject duidelijk komen vast te staan. Naarmate de kosten in verhouding tot het vermogen hoger zijn, neemt het beroep op recht af.⁵⁵ *Sociale vaardigheden* – kennis, de onderhandelings-vaardigheid e.d. – kunnen beide kanten op werken. Enerzijds blijkt een gebrek daaraan een drempel voor gebruik van voorzieningen; anderzijds kan het beschikken over deze vermogens leiden tot bewust afzien van rechtshulp. De in beide situaties veronderstelde afweging wordt bevestigd in het eerder genoemde WODC-onderzoek naar de geschilbeslechting.⁵⁶ De titel van het kwalitatieve onderzoek van Jungman naar uitvallers bij de WSNP - 'Niet alle uitvallers zijn afvallers' – duidt op hetzelfde.⁵⁷ Zij baseert zich in deze studie op de zgn. culturele theorie van Thompson, Ellis en Wildavsky, en deelt haar respondenten op in vier categorieën, al naar gelang zij oplossingsgerichtheid zijn c.q. initiatieven nemen. Lang niet alle debiteuren die door de hulpverleners als uitvallers zijn geregistreerd, blijken zielig te zijn. Sommigen lossen hun problemen zelf op, anderen blijven welbewust ver van het rechtssysteem (zwart werk, strategisch gedrag). *Strategisch vermogen* speelt een rol als burgers verwachten niet tegen de andere partij op te kunnen, of juist door een regelmatige toestroom van zaken en opbouw van expertise zo goed met het rechtssysteem om te kunnen gaan, dat zij met voorsprong op anderen het rechtssysteem in kunnen gaan.

Deze studies en de achterliggende invalshoeken maken duidelijk wat de effecten van hervorming van geschilbeslechtingeninstituten kunnen zijn: de vormgeving van instituten voor geschiloplossing- en beslechting beïnvloedt de routes die geschillen doorlopen. Fundamentele verandering van de instituten als door de herbezimmers beoogd, zullen bedoelde en onbedoelde effecten hebben op de wijze waarop geschillen worden afgedaan. Omdat de stap naar de rechter een deelbeslissing is binnen het bredere kader van het zoeken naar de eliminatie van het conflict, volgt daaruit dat het noodzakelijk is om zich rekenschap te geven van de betekenis van dat beroep op de rechter gezien vanuit het perspectief van de individuele actoren. Daarbij moet ook worden bedacht dat dit beeld van het afwegingspatroon gemaakt door doelbewuste individuele actoren de maatschappelijke (boven-individuele) betekenis van rechtspraak buiten beschouwing laat.⁵⁸ Bij een beoordeling van de fundamentele herbezinning moet die echter wel in de beschouwing worden betrokken, zoals eerder al opgemerkt (zie paragraaf 2.2, 2.5 en 2.6).

3.3 De plaats van ADR in de geschiloplossing

De herbezimmers vinden dat mediation (of ruimer: ADR) complementair dient te zijn aan de civiele procedure. Zij pleiten voor verdere stimulering maar wel op basis van vrijwilligheid. Een aantal kanttekeningen hierbij op basis van onderzoek.

Allereerst passen enige cijfers over de huidige omvang van het beroep op ADR (waaronder wij hier verstaan: neutrale bijstand bij geschiloplossing, dus niet onderhandelen tussen partijen, al dan niet met rechtshulpverleners). Het aantal gedeponeerde arbitrale vonnissen is 1150 op jaarbasis. In dit aantal zit geen noemenswaardige groei. Het totale aantal arbitrale vonnissen kan op 2000 geschat worden.⁵⁹ Bindend advies vindt in verschillende maatschappelijke sectoren toepassing, onder andere bij arbeidsgeschillen in de sfeer van het bijzonder onderwijs. Een bijzondere hoofdvorm van bindend advies betreft het werk van de Stichting Geschillencommissies Consumenten-zaken (SGC).⁶⁰ Het aantal bindende adviezen kan op jaarbasis op 4000 geschat worden, maar volgens een schatting van de Consumentenbond wordt slechts 10% van de markt van aanbieders van producten en diensten daardoor bestreken, waarbij de dekkingsgraad van branche tot branche verschilt.⁶¹ Het aantal bij het NMI geregistreerde mediations bedroeg 3700 voor het jaar 2002, waarvan 45% in het familierecht, 30% in arbeidsverhoudingen en 12% in zakelijke verhoudingen.⁶² Geconstateerd kan worden dat de omvang van ADR kwantitatief nog aan de bescheiden kant is. Ter vergelijking: de civiele delen van de rechterlijke macht behandelen jaarlijks ongeveer 70.000 zaken waarin geen beslissing wordt gegeven (waarvan een deel door rechters bemiddelde schikkingen) en doen nog eens zoveel einduitspraken op tegenspraak.⁶³

⁵³ Zie o.a., Wall, J.A. Jr., & Lynn, A., 'Mediation: A current review', *Journal of Conflict Resolution*, (1993) 37, pp. 160-194.
⁵⁴ A. Klijn, *Rechtshulp onderzocht en overdacht. Theoretische reflectie en empirisch onderzoek omtrent rechtshulp in Nederland 1979-1989*, Gouda Quint Arnhem, 1991; id. 'Vraag en aanbod op de markt voor rechtshulp', in: J. Griffiths (red) *De sociale werking van recht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1996, pp. 191-255; A. Klijn, e.a. 1998, t.a.p.; B. van Velthoven, 'De rechtsbijstandsubsidie onderzocht. Wat weten we nu en hoe verder?', *Recht der Werkelijkheid* (2001), nr. 2. pp. 69-85.
⁵⁵ F.P. Tulder en S. Janssen, De prijs van de weg naar het recht, SCP, Rijswijk 1988; Van Velthoven 2001, t.a.p. De resultaten laten een prijselasticiteit zien van -0,2 tot -0,3 voor civiele zaken, en van -0,5 tot -0,7 voor bestuursrechtelijke zaken. Voor civiele zaken betekent dit dat een prijsstijging van 10% leidt tot een vermindering van het beroep op de rechter met 2 tot 3%. Bij een verlaging van de prijs met 10% (of bij een verkorting van de doorlooptijd, dan wel een andere verbetering van de toegang tot de rechter, die voor de eiser dezelfde waarde heeft) moet men dan ook rekening houden met een grotere toeloop op de rechter van 2 tot 3%.
⁵⁶ Van Velthoven en Ter Voert 2004, t.a.p. pp. 96 e.v.
⁵⁷ Nadja Jungmann, *Niet alle uitvallers zijn afvallers!* Reeks katernen Integrale Schuldhulpverlening, nr. 9, Utrecht 2002.

⁵⁸ Voor de problematiek dat het beroep op de rechter vanuit individueel perspectief gezien rationeel kan zijn maar daarom nog niet gewenst vanuit oogpunt van maatschappelijke efficiëntie: Steven Shavell, 'The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system', *Journal of Legal Studies*, (1997) vol. 26, pp. 575-611.
⁵⁹ Alex Brenninkmeijer, Michael van Ewijk en Cornelis van der Werf, *De aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, Onderzoek in opdracht van het WODC, Leiden 2002.
⁶⁰ Jaarverslag SGC Den Haag 2002: H.W.J. Gelinck, M.A. de Bree en N.A.C. Schoof, Evaluatie geschillenbeslechting consumentenzaken, Onderzoek in opdracht van het WODC, Rotterdam, 2002.
⁶¹ Barendrecht & Kamminga 2004, t.a.p. met verdere verwijzingen en Ministerie van Economische Zaken Directie Marktwerving, *Onderzoek naar afhandeling van individuele consumentenklachten* uitgevoerd door Twijnstra en Gudde Management Consultants B.V., 2004. Volgens dit onderzoek gelden er belangrijke financiële en psychologische drempels voor het starten van een procedure. Met name in geval van klachten over producten met een lagere aanschafwaarde (< € 2000) wegen de kosten voor de consumenten van rechtsbescherming niet op tegen de eventuele baten. Tijdens de bijeenkomsten van de klankbordgroep bleek dat vrijwel geen der betrokken geledingen van mening is dat het systeem van afhandeling van individuele consumentenklachten van goede kwaliteit is.
⁶² NMI- Informatie, *Tijdschrift voor Mediation*, 2004, p. 24.
⁶³ Reiling 2003, t.a.p. Daarnaast behandelt men 216.000 incasso's (verstekvonnissen) en ongeveer nog eens zoveel zaken waarin de notariële functie van bekrachtiging van een door partijen overeengekomen regeling voorop staat.

Het is vervolgens belangrijk te constateren dat het hier meestal niet om vrijwillige ADR-voorzieningen gaat, die partijen in het geschil samen zijn overeengekomen. Het merendeel van de ADR-procedures betreft dwingend voorgeschreven alternatieve procedures – men denke aan ex ante overeengekomen ADR in door één van de partijen voorgeschreven standaardcontracten – dan wel keuzemogelijkheden voor de eiser. Die keuzemogelijkheden lijken steeds groter te worden: tuchtrechtprocedures, allerlei interne klachtprocedures, bijvoorbeeld bij overheidsorganen, en de (externe) klachtprocedure bij de ombudsman. Hebben cliënten een geschil met hun advocaat dan kunnen zij terecht bij de geschillencommissie advocatuur, maar ook bij de tuchtrechter. Cliënten die problemen hebben met hun notaris kunnen terecht bij het KNB-bureau, de tuchtrechter, de civiele rechter en maakt de declaratie onderdeel uit van het probleem, dan kan men zich wenden tot de voorzitter van de kring van notarissen in het arrondissement waar de notaris is gevestigd. Deze voorbeelden laten zien dat voor hetzelfde geschil veelal verschillende oplossingswegen bestaan, waarbij de procedures onderling sterk verschillen in toegankelijkheid (kosten, tijd, andere aspecten van toegankelijkheid) en in de mogelijke uitkomsten wat er in kan worden bereikt (uitspraak over onzorgvuldig gedrag, sanctie, schadevergoeding, aanbeveling). Dat levert enerzijds een grotere kans op het vinden van een oplossing voor geschillen, anderzijds kan het leiden tot weer nieuwe problemen voor wat betreft toegankelijkheid, want soms moeten meerdere wegen naast elkaar worden bewandeld en zien mensen door het geschilbeslechtingsbos de bomen niet meer.

Een veelgehoorde vraag in dit verband is waarom mensen niet gezamenlijk voor ADR kiezen. Een vaak geopperde verklaring voor deze lage cijfers is de relatieve onbekendheid van ADR. Een andere verklaring is dat de

beletselen die mensen ondervinden om hun geschil op te lossen voor een groot deel samenhangen met de beletselen om samen te kiezen voor een bepaalde manier van geschiloplossing.⁶⁴ Daardoor komen mensen terecht in 'de fuik van de standaardprocedure' die voor hen is voorgeschreven. De aanwijzingen voor een dergelijke samenloop zijn sterk.⁶⁵ Dit verklaart de relatief hoge waardering van buiten-gerechtelijke geschiloplossing, maar het lage gebruik daarvan. Het verklaart ook het grote aandeel van ex ante overeengekomen ADR (in standaardcontracten) in de totale markt voor ADR: ex post ADR overeenkomen is ongeveer net zo moeilijk als het geschil zelf oplossen. Tenslotte spoort deze verklaring met het feit dat professionals vrijwel unaniem zijn in hun advies om procederen te vermijden, maar dat er toch nog relatief vaker geprocedeerd wordt dan dat afdoening via ADR plaatsvindt. Als deze verklaring klopt, is er overigens ook reden tot scepsis over het aanbieden van keuzemogelijkheden binnen het procesrecht, tenzij de keuze aan één partij wordt overgelaten, of partijen worden begeleid bij het maken van een keuze (bijvoorbeeld door een rechter ter comparitie). Hiervoor werd de keuze van (met name) eisers al in het teken geplaatst van een afweging van kosten en baten. Behalve daarover, is aanvullende kennis ook welkom over de wijze waarop partijen in een geschil samen tot een keuze voor een bepaalde vorm van geschiloplossing zouden kunnen komen.

3.4 De goede aansluiting tussen ADR en procedure

ADR wordt vaak gezien als alternatief dat naast de procedure staat. Belangrijk is ook hoe ADR en de eventueel daarachter staande rechterlijke procedure op elkaar aansluiten. Die vraag stellen de herbezinningen zich bijvoorbeeld voor mediation. Wie verwijst naar wie en in welk stadium? Uit de verschillende evaluatie-

onderzoeken rond de WSNP is gebleken dat als informele en formele geschilbeslechtingsmethoden beide open staan, sommige belanghebbenden stevast voor de rechterlijke procedure kiezen als zij menen dat hun belangen daar beter worden beschermd.⁶⁶ Wil een formele procedure echt als een 'stok achter de deur' fungeren voor een informeel voortraject, dan moet aan specifieke voorwaarden zijn voldaan. Met strategisch gedrag moet altijd rekening worden gehouden. Er zijn bijvoorbeeld duidelijke aanwijzingen dat een slechte toegang tot een rechterlijke interventie (lang en kostbaar traject tot een rechterlijke beslissing) ook een slecht onderhandelingsklimaat tot gevolg heeft.⁶⁷

In lijn met de gedachte dat de structuur van de instanties waarop een beroep kan worden gedaan belangrijk is, en ook met het gegeven dat mensen geschiloplossing door onderhandeling veel hoger waarderen dan geschilbeslechting door een beslissing, rijst de vraag wat een goede plek is voor een aanbod van mediation. Wanneer is een dergelijk aanbod het meest effectief (in de zin van probleemoplossing) en het meest efficiënt? Gezien het beschikbare onderzoek inzake het institutionele aanbod lijkt het antwoord – van belang voor het faciliterende beleid waarom de commissie vraagt – dat een situering in de eerste lijn het meest optimaal is. Onderzoek in de Verenigde Staten naar de verschillende procedures voor conflictbeslechting leek in eerste instantie te suggereren dat mensen eerst en vooral kiezen voor rechtspraak.⁶⁸ Meer recent onderzoek suggereert een wat genuanceerder beeld. Ten eerste lijkt het erop dat in veruit de meeste gevallen mensen eerst proberen door middel van een meer of minder formele onderhandeling hun conflict op te lossen en pas als

dat niet lukt, kijkt men uit naar een andere manier om het conflict op te lossen.⁶⁹ Ten tweede lijkt het erop dat mensen conflicten indelen in "geschikt versus ongeschikt voor rechtspraak." Alleen als een conflict zich in hun ogen leent voor rechtspraak is een gang naar de rechter ook werkelijk de meest geprefereerde manier van conflicthantering.⁷⁰

Het functioneren van de verschillende instituties voor geschiloplossing naast en voorafgaand aan rechtspraak lijkt zeker zo belangrijk als dat van de rechtspraak zelf. Vergelijking en van elkaar leren lijkt cruciaal, bijvoorbeeld over de effecten van juridisering van procedures. Tevens zou onderzocht kunnen worden in hoeverre koppelingen, of zelfs geïntegreerde trajecten, mogelijk zijn, bijvoorbeeld tussen rechtbanken en geschillencommissies.

⁶⁴ Arrow c.s., 1995, t.a.p.
⁶⁵ Barendrecht, 2003, t.a.p. pp. 1848-1859; Maurits Barendrecht en Berend de Vries, *Fitting the Forum to the Fuss with Sticky Defaults: Failure on the Market for Dispute Resolution Services*, Research Paper 2004, www.ssrn.com, nr 572042.

⁶⁶ Nadja Jungman, Marrijke ter Voert en Bert Niemeijer, *Van schuld naar schone lei. Evaluatie WSNP*, WODC Onderzoek en Beleid 190, Den Haag 2001.
⁶⁷ Weterings, t.a.p., 2004 voor de Ietselschadepraktijk. Barendrecht & Kamminga, t.a.p., 2004 meer in het algemeen.
⁶⁸ Zie o.a. Thibaut, J.W., & Walker, L., *Procedural Justice: A psychological analysis*. Hillsdale, NJ Erlbaum 1975.
⁶⁹ Pierce, R.S., Pruitt, D.G., & Czaja, S.J., 'Complainant-respondent differences in procedural choice', *International Journal of Conflict Management*, (1993) 4, pp. 199-200.
⁷⁰ Folger, R., 'Mediation, arbitration, and the psychology of procedural justice', in: R.J. Lewicki, B.H. Sheppard, & M.H. Bazerman (Eds.), *Research on Negotiations in Organizations*, (1986) vol. 1, pp. 57-79, Greenwich, CT: JAI Press; Ook Brett, J.M., Commentary on procedural justice papers, in: R.J. Lewicki, B.H. Sheppard, & M.H. Bazerman (Eds.), *Research on Negotiations in Organizations*, (1986), vol. 1, pp. 81-92. Greenwich, CT: JAI Press.

04

Coöperatief gedrag van partijen in het geschil

Aanbevelingen van de commissie

- 5 De verhouding tussen rechter en partijen kan niet meer worden omschreven in termen van partijautonomie en lijdelijkheid. De relatie van het civiele procesrecht tot het materiële privaatrecht is niet eenzijdig, statisch en dienend, maar wederkerig en dynamisch. De overheid stelt een forum voor conflicthantering ter beschikking en financiert dat. Zij mag eisen dat hiervan efficiënt, verantwoord en kostenbewust gebruik wordt gemaakt. Partijen die in het proces investeren mogen dat ook van elkaar en van de rechter eisen. Daarom dragen partijen en rechter de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloopend proces. Hun samenwerking daartoe wordt gekenmerkt door een algemene verplichting tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces. Gezamenlijke verantwoordelijkheid, een algemene medewerkingsplicht, redelijkheid en billijkheid, goede procesorde, evenredigheid en kostenbewustzijn, meer specifieke zorg- en informatieplichten, zij vormen dan ook de ankerpunten.

De commissie gaat ervan uit dat de civiele procedure door de overheid wordt aangeboden, en dat partijen daar op efficiënte mate gebruik van moeten maken. Partijen hebben daarom een gezamenlijke verantwoordelijkheid en een medewerkingsplicht tot "het bereiken van het doel van het proces". De aanbevelingen gaan niet zover dat partijen een plicht zouden hebben om een beroep op de rechter te vermijden, of dat zij gehouden zouden zijn mee te werken aan een minnelijke oplossing. Dit spoort met de gedachte dat conflicten juist een belangrijke bron van dynamiek in menselijke en maatschappelijke verhoudingen zijn.⁷¹ Onder welke voorwaarden is het mogelijk om, zoals de aanbevelingen stellen, het gedrag van partijen zodanig te beïnvloeden dat zij samenwerken om in een verantwoorde procedure een goede beslissing te verkrijgen. Hoe effectief zal een beroep op medewerking zijn? Zullen partijen en de andere procesdeelnemers zich daaraan iets gelegen laten liggen? Daarbij moet worden bedacht dat er verschillende samenwerkingsrelaties zijn - die van partijen onder elkaar, van partijen vis-à-vis hun rechtshulpverlener, van de professionele rechtshulpverleners onderling en die van partijen en rechtshulpverleners vis-à-vis de rechter - waarin andere voorwaarden zullen gelden.

In paragraaf 4.1 gaan wij eerst in op algemene, met name sociologische, inzichten over de mate waarin personen tot samenwerking kunnen worden bewogen. Dan volgt de coöperatieve en cognitieve motivatie van partijen en andere betrokkenen in conflictsituaties (paragraaf 4.2) als bestudeerd in de sociale psychologie. De vraag wie er aan het stuur zit in conflicten waarbij rechtshulpverleners betrokken zijn, d.w.z. wat de relatieve invloed van cliënt en rechtshulpverlener is, komt aan de orde in paragraaf 4.3. Vervolgens wordt een aantal aangrijpingspunten voor de beïnvloeding van procesdeelnemers behandeld: financiële en

andere prikkels (paragraaf 4.4), het bevorderen van informatie-uitwisseling (paragraaf 4.5). Dat laatste kan onder meer een middel zijn om overschatting van kansen en superioriteitsgevoelens te verminderen die in conflicten in de weg staan aan samenwerking (paragraaf 4.6). In paragraaf 4.7 komen overige factoren aan de orde die de samenwerking kunnen beïnvloeden. In paragraaf 4.8 tenslotte aandacht voor een specifiek middel om samenwerking te bewerkstelligen, zoals de herbezinningen dat willen inzetten: regels.

4.1 Algemene condities voor samenwerking

Is van het doen van beroep op de gezamenlijkheid van een bepaald probleem of thema ook het daarbij passende gedrag te verwachten? Of: anders gezegd: is wanneer de ene partij voorstelt wederkerigheid als uitgangspunt te nemen, het dan ook zo dat de andere partij daar positief op reageert?

Uit de economische sociologie kan worden afgeleid wat belangrijke condities zijn waaronder, binnen processuele relaties, wederkerigheid en coöperatie in de plaats zullen treden van conflict en strijd.

- Naarmate partners vaker met elkaar 'zaken' doen, wordt de kans groter op het niet schenden van afspraken. Er speelt een reputatie-effect.⁷² Dit is een rationele afweging omdat het extra transactiekosten met zich brengt om, na ervaren reputatieschade, weer opnieuw tot afspraken te komen ('reputatie komt te voet en gaat te paard'). Zaken waarbij van weerszijden advocaten betrokken zijn die vaker met elkaar te maken hebben, worden vaker geschikt en sneller opgelost.⁷³
- Hoe meer partners (partijen, advocaten, rechters, griffiepersoneel) ingebed zijn in

⁷¹ Zie: R. Dahrendorf, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford University Press, 1959 en de daardoor geïnspireerde conflictsociologie.

⁷² Voor een empirische toetsing van deze these: V. Buskens & W. Raub, 'De sociale inbedding van het economisch verkeer: een theoretische schets en resultaten van empirisch onderzoek naar afnemers en leveranciers', *Recht der Werkelijkheid*, (2004), jrg 25 nr. 1 pp. 7-29.

⁷³ Zie vanuit de rechtseconomische invalshoek ook: Jason Scott Johnston and Joel Waldfogel, 'Does repeat play elicit cooperation? Evidence from federal civil litigation', *Journal of Legal Studies*, (2002) vol. 31, pp. 39-60.

gezamenlijke netwerken, des te groter de kans dat gedaan wordt wat ook is afgesproken. Sociale netwerken maken het gemakkelijker om subtiele en gedetailleerde informatie uit te wisselen. Zij werken met wederkerigheid, ontmoedigen opportunisme en versterken wederzijds vertrouwen. Daardoor ontstaat afhankelijkheid en het vermogen om gezamenlijk problemen op te lossen. Kortom, zij verminderen transactiekosten en maken het mogelijk om tussen organisaties tot goede oplossingen te komen.

- Naast ‘contractuele’ bestaan ook goodwill risico’s in relaties.⁷⁴ Van contractueel risico is sprake als gemaakte afspraken of gestelde regels worden geschonden. Goodwill risico’s ontstaan bij onvoorziene omstandigheden. Gaat een procesdeelnemer zich dan gedragen naar zijn individuele belang, of naar het gezamenlijke belang van de partijen?⁷⁵
- Tot wanneer vertrouwt men elkaar? Nooteboom spreekt van een default in een vertrouwensrelatie: men veronderstelt en geeft vertrouwen totdat het tegendeel bewezen wordt.⁷⁶ Deze redenering rust op de veronderstelling dat vertrouwen gekoppeld is aan tolerantiegrenzen van afwijkend gedrag. De vraag is ook hoe men zich vervolgens opstelt: betaalt men met gelijke munt terug, maar stelt men zich weer open voor samenwerking en coöperatief gedrag, zoals in computersimulaties als de meest effectieve strategie werd gevonden?⁷⁷ Of pas men de ‘grim norm’ toe: de partij die zich – ineens – onbetrouwbaar toont en niet doet wat wordt verwacht, wordt min of meer uitgestoten, en niet meer coöperatief behandeld.⁷⁸

Als we de lijst van condities langslopen, is een zeker pessimisme op zijn plaats, maar het geeft

ook een richting waarin verder kan worden gezocht. Daarbij is het goed om de verschillende relaties in de loop van een geschiloplossingsproces duidelijk van elkaar te onderscheiden. Het geschil begint met twee (of meer) partijen elkaar, die elkaar soms heel goed kennen (huwelijkspartners), soms slechts incidenteel met elkaar te maken hebben (de aankoop van een cv-ketel). Door toenemende concurrentie en schaalvergroting vermindert de kans op herhaalde contacten bij tal van potentiële geschilhaarden (aankoop van producten, allerlei vormen van dienstverlening, arbeidsrelatie, contacten met overheidsinstanties). Naarmate het geschil voortduurt en escaleert, komen andere spelers in beeld: rechtshulpverleners, de rechter. Hoe intensief zijn de relaties van partijen met hun rechtshulpverlener, van partijen en rechtshulpverleners onderling, van partijen en rechtshulpverleners met de rechter?

Schikkingsgedrag in de Nederlandse praktijk

Illustratief is het onderzoek van Richters naar onderhandelingen van 51 advocaten in 70 ontslagzaken, 49 ladingschadezaken en 37 alimentatiezaken. Het percentage schikkingen in ladingschadezaken was het hoogst. Een hoog percentage schikkingen in lading-schadezaken was volgens de schrijfster te verwachten, omdat advocaten in deze zaken commercieel zijn ingesteld en zij het kostenbesparend aspect van schikkingen zwaar laten wegen. Bovendien zijn advocaten in ladingschadezaken vaak bekenden van elkaar, hetgeen een voor een schikking noodzakelijke samenwerking kan vergemakkelijken. Dat mensen met advocaten in kleine zaken eerder schikken blijkt uit de studie van Eshuis

& Paulides naar de gevolgen van de competentiegrensverschuiving van 1999. Civiele procedures die voorheen bij rechtbank (met verplichte vertegenwoordiging door een advocaat) moesten nu bij het kantongerecht (zonder verplichte procesvertegenwoordiging) worden aangebracht. Het percentage schikkingen (in deze studie afgeleid uit het percentage royementen) in contradictoire zaken daalde daarbij van 50% (rechtbank) naar 24% (kanton). In kantonzaken waarin beide partijen een advocaat hadden deed het schikkingspercentage maar weinig onder voor dat bij de rechtbank: 42%. In kantonzaken waarin de partijen het zonder professionele hulp stelden lag het schikkingspercentage op 13%. De vraag is hierbij wel wat de belangrijkste verklaring is voor deze gegevens: grotere schikkingsbereidheid van advocaten, of ook de hoge kosten van (verdere) advocatenbijstand ten opzichte van het relatief geringe belang, die een impuls voor een schikking kunnen zijn.

Hiernaast kan worden gelegd de situatie in de letselschadepraktijk, waar Weterings kwalitatief onderzoek naar deed. Hij en anderen signaleren dat onderhandelingen daar vaak moeizaam en gepolariseerd verlopen. Op deze markt opereren ongeveer 100 aansprakelijkheidsverzekeraars, waarvan flink wat buitenlandse, ongeveer 300 gespecialiseerde letselschadeadvocaten, en tal van andere soorten belangenbehartigers (vakbonden, ANWB, advocaten met algemene praktijk, commerciële letselschadebureaus, etc.). Netwerkorganisaties bestaan wel, zoals Verbond van verzekeraars en LSA, maar hebben duidelijk moeite om de diverse belangen van de deelnemers met elkaar in lijn te brengen, en vertegenwoordigen lang niet alle deelnemers.

Bron:
H.W Richters, *Schikkingen en proceskansen*, Arnhem 1991.
R.J.J. Eshuis & G. Paulides. *Van rechtbank naar kanton. Evaluatie van de competentiegrensverhoging voor civiele handelszaken in 1999*. WODC Onderzoek en Beleid 203, den Haag 2003.
W. C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Tilburg 2004.

We stellen vast dat de beroepsgroepen van rechters en advocatuur zo in omvang zijn toegenomen, dat de kans op herhaalde contacten sterk is verminderd. Het is de vraag of de netwerken nog wel voldoende hecht zijn om een bijdrage te kunnen leveren. De groepen die met elkaar moeten samenwerken: rechters, ondersteuning en advocatuur, lijken geen gezamenlijke netwerken te vormen. Voor zover men elkaar ontmoet, is de code meestal dat niet over het werk wordt gesproken. Meer specialisatie kan echter leiden tot kleinere netwerken en intensievere contacten over de beroepsgroepen heen kunnen worden gestimuleerd. Wel kunnen hier rechtsstatelijke problemen ontstaan, bijvoorbeeld met onafhankelijkheid en integriteit, waarvoor oplossingen zullen moeten worden bedacht. Door explicieter te maken welk gedrag wordt verwacht en welk gedrag wordt ontraden (vergelijk de substantiëeringsplicht als nu ingevoerd, en ook de ‘pre-action protocols’ en procesvoorwaarden waarvoor de herbezimmers pleiten) vermindert het aantal onvoorziene situaties waarin de afhankelijkheid van ‘goodwill’ groot is, terwijl die in een geschil vaak niet (meer) aanwezig zal zijn. Wat de sociale normen zijn die in de praktijk ervaren worden, is tenslotte de uiteindelijke maatstaaf. Er kan een groot verschil bestaan tussen wat er op papier staat over coöperatie en wat daadwerkelijk van elkaar wordt gevraagd of wordt gepikt.

⁷⁴ B. Lyons, en J. Mehta, ‘Contracts, opportunism and trust: self-interest and social orientation’, *Cambridge Journal of Economics* (1997) 21, pp. 239-257.
⁷⁵ Zie ook Robert H.J. Mosch en Imrat Verhoeven, *Blauwe ogen of zwart op wit? Een contingentiebenadering van vertrouwensmechanismen*, WRR-discussionpaper nr. 1, 2003.
⁷⁶ B. Nooteboom, *Vertrouwen: vormen, grondslagen, gebruik en gebreken van vertrouwen*, Academic, Schoonhoven 2002, pp. 53-55.
⁷⁷ Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York 1984.
⁷⁸ Mosch en Verhoeven, t.a.p., 2003, p. 11.

Effectiviteit van netwerken

Inspiratie voor de vergroting van de effectiviteit van de netwerken kan ook worden opgedaan bij sociologisch onderzoek naar de effectiviteit van ‘collaborative arrangements’, zoals publiek private samenwerkingen, en arrondissementale justitiële beraden. Verklarende factoren voor succes of falen bleken daar te zijn:

- Het sociale kapitaal in netwerken. Wie ruilt welke informatie met wie en tegen welke prijs?
- De mix van partner-organisaties. Kleinere en jongere organisatie(onderdelen) zijn vaak flexibeler en effectiever dan oudere en ‘dikkeren’ (soms alleen al in de beeldvorming).
- Wie interacteert eigenlijk met wie? Komt de plaatsvervanger van de plaatsvervanger van de plaatsvervanger, terwijl ‘men’ denkt dat de echte er zit?
- Het niveau en de verdeling van de beschikbare middelen (rijk tegenover arm, ook in belevingsopzicht).
- De structuur van het arrangement. Is het een associatie, een fusie, een conglomeraat? Hoe stabiel is het?
- Human resource management. Als organisaties verschillend personeelsbeleid voeren, dan is de samenwerking problematischer dan wanneer dat niet het geval is.
- In welke mate zijn overeenkomsten geformaliseerd?

Bron:
Andrew Gray, John Mayne & Frans Leeuw (eds.), Collaboration in public services: the challenge for evaluation, Comparative Policy Analysis series, Transaction Books, New Brunswick 2003.

De netwerken die gevormd worden tussen de groepen professionele procesdeelnemers (rechterlijke macht, advocatuur, andere rechtshulpverleners) lijken lang niet op al deze punten gunstig te scoren. Zo zijn rechterlijke macht en advocatuur relatief oude organisaties en zijn zij uiteengedreven qua middelen (krap zittende rechterlijke macht, tegenover commercieel succesvolle advocatuur), zeker in de beleving. Er is wel frequent contact tussen degenen die leidinggeven over de beroepsgroepen, maar tot echte arrangementen komt het maar zelden, onder meer door de sociale norm van het behouden van afstand en onafhankelijkheid. Uit een studie van Huls en Schellekens blijkt overigens dat er bij een nieuwe taak, zoals de Wet schuldsanering natuurlijke personen (WSNP) allerlei initiatieven worden genomen door rechters om samen met de ketenpartners de stroom zaken adequaat te verwerken.⁷⁹ Het is goed mogelijk dat deze nieuwe benadering bij veel meer typen van bulkzaken toepassing kan vinden.⁸⁰ Het overleg van de sectorvoorzitters civiel (en kanton!) zal hier een leidende rol kunnen gaan vervullen.

4.2 Coöperatieve en cognitieve motivatie

Dat de motivatie van procespartijen en andere procesdeelnemers beïnvloedbaar is, kan men ook afleiden uit onderzoek naar conflictgedrag door psychologen. In zogenaamde symmetrische conflicten, waarin beide partijen een verandering bij hun tegenpartij wensen, ervaren beide partijen zowel een druk tot competitie (zelf zo min mogelijk veranderen) als tot coöperatie (tot overeenstemming met de ander komen).⁸¹ De mate waarin mensen het accent leggen op de competitie, dan wel op de coöperatie, hangt af van de motivationele oriëntatie die de overhand krijgt. Mensen hebben een competitieve motivatie, wanneer zij streven zelf goed uit het conflict te komen

zonder zich te bekommeren om de uitkomsten van de tegenpartij, ofwel een coöperatieve motivatie, wanneer zij streven om samen met de tegenpartij goed uit het conflict te komen.⁸² Die motivaties zijn voor een deel terug te voeren op verschillen in persoonlijkheid. Maar iemands motivatie is relatief gemakkelijk van buitenaf te beïnvloeden. Door middel van instructies en aanwijzingen, door middel van taalgebruik (partner versus tegenstander), of door middel van beloning en straf (team- versus individuele bonus) kunnen coöperatieve of competitieve oriëntaties worden opgeroepen.⁸³

Wanneer mensen een coöperatieve oriëntatie hebben of aannemen, is een constructief verloop van het conflictproces waarschijnlijker. Partijen zijn dan meer geneigd elkaar open en oprecht van informatie te voorzien⁸⁴ en neigen eerder naar constructief onderhandelen. Ze zijn vaker in staat een overeenkomst te vinden waar beiden profijt van hebben.⁸⁵ Een recente analyse van meerdere studies laat bovendien zien dat deze voor de conflictbeslechting positieve effecten met name optreden wanneer partijen gemotiveerd zijn zich cognitief in te spannen en de beschikbare informatie goed en grondig wensen te verwerken. Dergelijke informatie-verwerkingsmotivatie kan bevorderd worden door, bijvoorbeeld, het persoonlijk belang bij conflictoplossing te benadrukken, door partijen voor te houden dat zij verantwoording over de procesgang moeten kunnen afleggen en door partijen te stimuleren tot kritische reflectie op het eigen handelen.⁸⁶ Ook hier spelen persoonskenmerken uiteraard wel een rol. Sommige mensen hebben een geringer vermogen om conflicten en hun positie daarin te analyseren. Mensen met een lagere opleiding blijven iets vaker passief, ze bereiken minder vaak overeenstemming met de

tegenpartij en zij slikken meer.⁸⁷

Kortom: de motivatie van ieder van conflictpartijen om coöperatief te zijn, en hun motivatie om de verschillende facetten van het geschil te begrijpen zijn niet alleen belangrijk, maar ook beïnvloedbaar. De motivatie van professionele procesdeelnemers als rechters en advocaten om coöperatief gedrag te vertonen en om zich cognitief in te spannen bij het verwerken van informatie is uiteraard ook van belang. Daarop lijken dezelfde principes toepasbaar. Zo lijkt zij ook beïnvloedbaar, bijvoorbeeld door opleiding en beroepsnormen, waarin accenten kunnen worden gelegd op samenwerking of strijd bij geschiloplossing. De aanbeveling van de herbezimmers snijdt dus hout. De vervolgvraag die zich opdringt, is welke bestaande of nieuw in te voeren elementen van rechtspraak (of andere geschiloplossingssystemen) de coöperatieve en cognitieve motivatie van procesdeelnemers kunnen verzwakken of bevorderen.

4.3 De invloed van rechtshulpverlener en cliënt op de proceshouding

Hoe sterk is de invloed van partijen respectievelijk rechtshulpverleners op beslissingen over al dan niet samenwerken binnen de geschilbeslechting? De relatie tussen een deskundige rechtshulpverlener en een leek op juridisch gebied, die rechtshulp zoekt, kenmerkt zich bijna per definitie door ongelijkheid. Een regelmatig terugkerende vraag in de literatuur is dan ook of een meer gelijkwaardige bijdrage van de cliënt mogelijk is. Naar analogie van de dokter-patiënt relatie contrasteerde Rosenthal het traditionele model van hulpverlening met het participatoire

⁷⁹ Nick Huls en Vivian Schellekens, *Je ziet de gaten in hun handen. De eerste ervaringen van de rechtbanken en de Hoven met de WSNP*, Lemma, Utrecht 2000.
⁸⁰ Nick Huls, ‘Grenzen va rechterlijke domeinuitbreiding’, in: N.J.H. Huls en M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Sanders Instituut, Kluwer 2004.
⁸¹ In asymmetrische conflicten geldt dit niet, of in aanzienlijk mindere mate. Met name de partij die niet wenst te veranderen dient zijn of haar doel het beste door zich zoveel mogelijk afzijdig te houden, de kwestie en de tegenstander uit de weg te gaan en zo lang mogelijk en zoveel mogelijk zaken te rekken en uit te stellen.

⁸² M. Deutsch, *Resolution of conflict: Constructive and destructive processes*. CT, Yale University Press, New Haven 1973.
⁸³ Mediationstechnieken zoals ‘gemeenschappelijk maken’ en ‘relationele vragen’ en zijn daar vaak op gericht. Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer c.s. (red.), *Handboek Mediation*, 2de druk, Sdu, Den Haag 2003.
⁸⁴ W. Steinel & C.K.W. de Dreu, ‘Social motives and strategic misrepresentation in social decision making’, *Journal of Personality and Social Psychology*, (2004) vol. 86, pp. 419-434.
⁸⁵ C.K.W. de Dreu, L.R. Weingart, & S. Kwon, ‘Influence of social motives on integrative negotiation: A meta-analytical review and test of two theories’, *Journal of Personality and Social Psychology*, (2002) vol. 78, pp. 889-905.
⁸⁶ C.K.W. de Dreu & P.J.D. Carnevale, Motivational bases for information processing and strategy in conflict and negotiation. In: M.P. Zanna (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology* (2003) vol. 35, pp. 235 - 291. New York, Academic Press.
⁸⁷ Van Velthoven & Ter Voert, 2004, t.a.p. p. 165.

model.⁸⁸ In het traditionele model neemt de hulpverlener het probleem van de hulpvrager over en lost het naar beste weten (dit is de in het beroep gangbare praktijkkennis) op, zonder daarbij de hulpvrager te betrekken. In het participatoire model blijft de hulpvrager de eindverantwoordelijkheid dragen en worden in overleg keuzen gemaakt. ‘A “good” lawyer is therefore one who accepts his client’s desired outcome as his own objective’.⁸⁹ De hulpvrager kan zo uitgroeien tot een opdrachtgever die toeziet op een adequate uitvoering.

De advocaat-cliënt relatie

Berends beschreef de relatie advocaat-cliënt relatie binnen een klein Nederlands advocatenkantoor op basis van 88 zaken en noteerde: ‘het eindresultaat is een interactie-proces dat ergens op de weg naar het coöperatieve ideaal blijft steken’. De machts-balans wordt in de eerste plaats bepaald door de opstelling van de advocaat die kan variëren van autoritair (in het traditionele model) tot coöperatief (in het participatoire model) en pas in de tweede plaats, namelijk voorzover de advocaat daarvoor open staat, door de eigen inbreng van de advocaat client?. De tragiek van het participatoire model is dat de overgrote meerderheid van particuliere rechtshulpzoekenden maar wat graag van het probleem wil worden afgeholpen en niet nog eens wil worden opgezadeld met een keuze tussen verschillende juridische oplossingen. (...) Het participatoire model zal dan ook voor de dagelijkse praktijk moeten worden bijgesteld in een opdracht aan de advocaat om de passieve houding van de cliënt (doctor knows best) te doorbreken en te veranderen in een informed consent.’

Sarat in Massachusetts en Felstiner in Californië volgden samen in totaal 40 echtscheidingen van één kant door de gesprekken tussen de advocaat en de cliënt bij te wonen en op band op te nemen. De betreffende rechts-zittingen werden bijgewoond en tussendoor en achteraf voerden ze met de cliënten en de advocaten gesprekken over de gebeurtenissen. Hun empirisch materiaal bestaat uit 115 gespreksverslagen en 130 interviews. Zoals de ondertitel Power & Meaning in the Legal Process aangeeft kan volgens hen de interactie tussen echtscheidingscliënten en advocaten het beste begrepen worden als een machtsstrijd over de gespreksonderwerpen. De hoofdstukindeling correspondeert daarmee: in het begin probeert de cliënt(e) de advocaat deelgenoot te maken van zijn/haar verontwaardiging over het gedrag van de wederpartij en verwacht hij/zij genoegdoening via het Recht met een grote R, maar aan het eind ziet men zich genoodzaakt om genoeg te nemen met door de advocaat voorgestelde compromisoplossingen en schikkingsresultaten.

Bron:
Miek Berends, *Geschildbeslechtsers: de advocatuur door een andere bril bekeken*, Groningen 1993.
Y Sarat, Austin en William L.F. Felstiner, *Divorce Lawyers and Their Clients: Power & Meaning in the Legal Process*, Oxford University Press, New York en Oxford 1995.

Er zijn ook studies die laten zien hoe professionele procesdeelnemers de rechtspraktijk zo proberen in te richten dat hun eigen belangen op de midden- en lange termijn veilig worden gesteld. Blumberg onderzocht de strafrecht-praktijk in een Amerikaanse stad.⁹⁰ Deze studie valt te beschouwen als een voorbode van de

sociologie van Bourdieu, toegepast op het recht. Voor Bourdieu zijn mensen sociale actoren die op diverse ‘velden’ in samenwerking en in concurrentie met anderen dingen doen waarvan ze beter denken te worden. ‘By national or international legal field, we refer to a symbolic terrain with its own networks, hierarchical relationships, and expertise, and more generally its own rules of the game, all of which are subject to modification over time and in relation to other fields’.⁹¹

Veilig stellen van eigen belangen?

Dezelay & Garth onderzochten de internationale commerciële arbitrage vanuit dit perspectief. Door de bemoeienis van de Amerikaanse advocatenkantoren met de arbitrages onder auspiciën van de ICC in Parijs veranderde de arbitragepraktijk compleet. Volgens de handboeken en volgens de ‘noblesse de robe’, zoals Dezalay en Garth de oudere generatie betitelen, is de kracht van arbitrage juist dat het een alternatief voor overheidsrechtspraak is: in beslotenheid en in een informele sfeer wenden arbiters hun gezag aan om tot een voor beide partijen bevredigende oplossing te komen. Vanwege de gangbare praktijk van arbiter-plaatsvervanger hebben gemachtigden een gedeelde loyaliteit, namelijk zowel ten opzichte van hun opdrachtgever als tegenover hun collega-arbiters. Dat brengt de oplossing binnen handbereik. Maar de ‘Americans in Paris’ beschouwden de ICC-arbitrage als een soort bastaardforum en ze verbaasden zich over de talrijke en bovendien aanvankelijk nog onbespreekbare belangenverstrengelingen. De Parijse vestigingen van de Amerikaanse kantoren, veelal bemand door Amerikaanse advocaten die met Françaises getrouwd waren, functioneerden als een vijfde colonne

‘to enlarge the club and to rationalize the practice of arbitration such that it could become offshore - U.S.-style - litigation’. Dat is gelukt: ‘Pretrial skirmishing, intense fact-gathering, and adversary experts are now common in international arbitration. Europeans agree that arbitration is now more “procedural”, even as it has become more routine and more judicialized’. De oudere generatie betreurt deze ontwikkeling die de arbitrale speelruimte en de belofte van een bevredigende oplossing beperkt. De jongere generatie heeft geen mening en heeft arbitrage aan de menulijst van aktiemogelijkheden toegevoegd.

Bron:
Dezelay & B.G. Garth, *International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Un. of Chicago Press, Chicago and Londen 1996.

De les die we uit dit alles kunnen leren is dat nieuw procesrecht met een andere rolverdeling of een ander scenario waarschijnlijk pas praktijk wordt, indien het geadopteerd wordt door ‘powerful actors’ die daartoe slechts bereid zijn indien dat strookt met hun eigen belang. Vergelijk de discussie over het nieuwe rolreglement en de moeizame discussie over ‘no cure no pay’ in de advocatuur die een andere rolopvatting van advocatuur veronderstelt. Vanuit deze invalshoek lijkt de opdracht te zijn: meekrijgen van de advocatuur, of sterk verminderen van de invloed van de advocaat op het proces. Daarbij lijkt het ook nodig dat bekend wordt welke effecten bepaalde werkwijzen van advocaten op de samenwerkingsbereidheid van andere procesdeelnemers hebben: lange/korte processtukken, verschillende attitudes tijdens zittingen, aanwerken tegen de einde van termijnen, aansturen op verlenging daarvan en nieuwe stukken inbrengen.

⁸⁸ D.E. Rosenthal, *Lawyer and Client: Who’s in Charge?*, New York 1974. Een veel gebruikte weergave van deze modellen is Donald A. Schön, *The Reflective Practitioner*, New York, Basic Books 1983 en het komt ook terug in de op advocatenkantoren populaire werken van David H. Maister, *Managing the Professional Services Firm*, New York: Free Press 1997 en *The Trusted Advisor*, New York, Free Press 2001.
⁸⁹ M.Cain, ‘The general practice lawyer and the client’, *International Journal of the Sociology of Law*, (1979) vol.9, pp. 331-354.
⁹⁰ A.S. Blumberg, ‘The Practice of Law as Confidence Game: Organizational Cooptation of a profession’, *Law & Society Review* (1967) vol. 1, pp. 15-39.

⁹¹ Pierre Bourdieu, ‘The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field’, *Hastings L.J.* (1987) vol. 38, pp. 805-53. Zie ook: M. Cain, 1979, t.a.p.

4.4 Motivatie door beloning en reputatie

De motivatie van betrokkenen zal daarnaast in zekere mate door economische belangen worden bepaald. We kijken wederom eerst naar de positie van partijen zelf. Er is nogal wat rechts-economische literatuur over de effecten van fee shifting: geen kostenveroordeling (VS), een gedeeltelijke kostenveroordeling voor de verliezer (Nederland), of een volledige veroordeling in de kosten (VK). De keuze voor het ene of andere regime heeft verschillende mogelijke effecten. Bij een volledige(r) proceskosten-veroordeling is de drempel om kansrijke verdringen in te stellen kleiner, ook als het om relatief geringe belangen gaat. Tegelijk remt volledige proceskostenveroordeling 'nuisance suits' af, claims die praktisch geen kans van slagen hebben, maar die worden ingesteld omdat ze de tegenpartij op kosten kunnen jagen waardoor die mogelijk eerder bereid zal zijn tot een schikking. Daarentegen kunnen bij volledige proceskostenveroordeling de uitgaven voor rechtshulp hoger oplopen, wanneer partijen verwachten dat ze de rekening (al was het maar ten dele of met een bepaalde kans) bij de ander neer kunnen leggen. Ten slotte verhoogt volledige proceskostenveroordeling de inzet van het geschil, waardoor het bereiken van een schikking wordt bemoeilijkt en een geschil eerder in een gerechtelijke procedure zal uitmonden. Al met al is theoretisch gezien geen eenduidige conclusie mogelijk ten aanzien van de vraag of proceskostenveroordeling de kans op een coöperatieve houding en/of een schikking vergroot, dan wel de preventieve werking van

het recht versterkt.⁹² Nader empirisch onderzoek moet uitwijzen of met sleutelen aan de proceskostenveroordeling winst te behalen is.

Rechterlijke colleges zijn qua financiering afhankelijk van de binnenkomst van voldoende zaken, die volgens het geldende meetsysteem (de LAMICIE-normen) betaald worden naar de wijze van afdoening, en daar zullen prikkels vanuit gaan, bedoeld of niet. Zo werd geconstateerd dat ondoelmatige gedragsreacties kunnen plaatsvinden, bijvoorbeeld daar waar in LAMICIE handelsuitspraken zonder dan wel met getuige en/of descende en/of pleidooi heel verschillend werden gefinancierd.⁹³ De advocaat is economisch afhankelijk van de inkomsten die gegeneerd worden met geschiloplossing en van de reputatie die hij opbouwt.⁹⁴ In de ongesubsidieerde praktijk worden advocaten veelal per uur betaald en daarmee telt volgens de economische theorie iedere pagina van ieder processtuk. Beroepsnormen en tuchtrecht zouden een tegenwicht kunnen bieden, maar met name het tuchtrecht lijkt zwak als het gaat om de beoordeling van de declaratie.⁹⁵ In de gesubsidieerde rechtsbijstand krijgen advocaten daarentegen een vast bedrag per zaak, en daar bestaat een economische prikkel zaken snel af te doen, maar ook om zoveel mogelijk zaken te gaan doen. De bedrijfsmatig voor de hand liggende gedachte dat bij no cure no pay advocaten minder lang doen over het bereiken van een oplossing werd empirisch bevestigd: zij plegen significant minder biedingen te hoeven doen om een schikking te bereiken dan op uurtarief betaalde advocaten.⁹⁶ Helland en Tabarrok lieten

eveneens zien dat juist 'hourly fees the filing of low-quality suits' aanmoedigen en de 'time to settlement' vergroten.⁹⁷ Het Duitse systeem van civiele rechtspleging, met vaste beloningen voor advocaten, wordt in de rechtsvergelijkende studie van Zuckerman als bijzonder efficiënt gekenmerkt. De doorlooptijden zijn laag (rond 6 maanden). De kosten van procederen voor de rechtzoekenden zijn ook laag en zij zijn voorspelbaar, wat het ook gemakkelijker maakt ze te verzekeren. Het vertrouwen in en de tevredenheid van het publiek over de civiele rechtspleging is groot. Wel is er een relatief grote toestroom van zaken naar de rechter (in verband waarmee echter de honorering voor schikkingen is verhoogd). Zuckerman schrijft dit vooral toe aan de wijze van honorering van advocaten. Argument daarvoor is onder andere dat ook in Japan en Griekenland, waar soortgelijke honoreringsregels bestaan, de doorlooptijden en de efficiëntie relatief gunstig zijn.⁹⁸ Deze honoreringsvorm lijkt zo veelbelovend, dat een nader onderzoek naar de voor- en nadelen daarvan zeker interessant lijkt. De wijze van honorering van professionele procesdeelnemers lijkt, zeker gezien het in paragraaf 4.3 CHECK besproken overwicht dat zij hebben op de besluitvorming van hun cliënten, alles bij elkaar een belangrijke factor.⁹⁹

vergroet.¹⁰⁰ In de onderhandelings-theorie zijn aanknopingspunten te vinden voor het soort informatie dat partijen helpt hun geschil te doorgronden.¹⁰¹ Naast informatie over rechtsregels, een reconstructie van feiten uit het verleden en informatie over kansen op succes in een eventuele procedure, gaat het daarbij ook om dingen die in een traditioneel civiel proces op de achtergrond kunnen raken: achterliggende belangen van partijen, exit-opties, bronnen van gekrenktheid en mogelijke oplossingen. Tal van procesrechtelijke praktijken kunnen vanuit dit perspectief worden beoordeeld: preprocesuele informatie-uitwisseling (in brieven, processtukken, voorlopig getuigenverhoor, via discovery-achtige procedures en bij een mediator), maar ook de gang van zaken tijdens comparities en de bewijslevering.

Dat zinvolle informatieuitwisseling ook kan worden beïnvloed door procesrechtelijke regels is wel zeker. De substantiëeringsplicht (de plicht om in een eerdere fase van het geschil, bijvoorbeeld in de inleidende dagvaarding al extra informatie te geven) is onderwerp van onderzoek geweest in het kader van de evaluatie van de Versneld Regime procedure.

4.5 Informatieuitwisseling en substantiëeringsplicht

Vanuit veel theoretische perspectieven kan aanneemelijk worden gemaakt dat een betere informatie-uitwisseling in eerdere fasen van het geschil de kans op coöperatief gedrag

Informatie-uitwisseling in de procedure

Uit een enquête gehouden onder rechters die ervaring hadden opgedaan met de Versneld Regime-procedure (VR) bleek dat ze unaniem van mening waren dat ze bij de dagvaarding als gevolg van de substantiëerings-

⁹² Bruce L. Hay and Kathryn E. Spier, 'Litigation and Settlement', in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London: Macmillan Publishers, New York, Stockton Press, 1998; P.W. van Wijck en B.C.J. van Velthoven, 'An economic analysis of the American and the Continental rule for allocating legal costs', *European Journal of Law and Economics*, (2002) vol. 9, pp. 115-125.

⁹³ Andersson, Elffers en Felix, *Met recht gefinancierd*, Utrecht, 2003, p. 31. Overigens is vanaf 2005 de financiering zo veranderd, dat verschuivingen tussen deze 2 afdoeningswijzen kunnen plaatsvinden zonder directe financiële gevolgen voor het gerecht.

⁹⁴ Zie voor recente Nederlandstalige overzichten van de bevindingen uit de economische en empirische literatuur: P. van Wijck, 'No cure, no pay: een goed idee?', *ESB*, 2 april 1999, pp. 244-24; J.M. Barendrecht, Y.P. Kamminga & I.N. Tzankova, *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend? Opties om de transactiekosten van het aansprakelijkheidsrecht te verlagen*, Onderzoek verricht in opdracht van het WODC, 2004, pp. 152 e.v.

⁹⁵ M.A.Kleiboer en N.J.H. Huls, *Tuchtrecht op de terugtocht? Het wettelijk niet-hiërarchisch tuchtrecht, een vergelijkende analyse*, Lemma, Utrecht 2001.

⁹⁶ H.M. Kritzer, 'Lawyer Fees and Lawyer Behavior in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?', *Texas Law Review* (2002), pp. 1943-1982.

⁹⁷ Iric Helland and Alexander Tabarrok, 'Contingency fees, settlement delay, and low-quality litigation: empirical evidence from two datasets', *Journal of Law, Economics and Organization*, (2003) vol. 19, pp. 517-542.

⁹⁸ A.A.S. Zuckerman, *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, Oxford New York, 1999, pp. 28 - 31.

⁹⁹ Sommigen achten de kans van slagen van op versnelling en coöperatie gerichte proceshervorming zelfs klein als op dit punt geen wezenlijke verandering van de prikkels plaatsvindt, zie: Barendrecht, 2003, t.a.p.

¹⁰⁰ Zie voor het rechtseconomische perspectief Hay en Spier, t.a.p. 1998 en de veel uitgebreider behandeling door Andrew F. Daughety, 'Settlement', in: Boudewijn Bouckaert en Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of law and economics*, Cheltenham/Northampton MA, Edward Elgar, 2000, vol. V, pp. 95-154. Voor de onderhandelings-theorie zie het literatuuroverzicht van Lewicki c.s., t.a.p. 2003, pp. 114-115 (belang informatie-uitwisseling voor het vinden van oplossingen), 169 (communiceren van een goede exit-optie) 170 (communiceren van verklaringen voor eigen gedrag) en 440-442 (verbeteren van de communicatie als remedie bij vastgelopen onderhandelingen).

¹⁰¹ Lweicki c.s., t.a.p. 2003.

plicht beter geïnformeerd waren dan bij een gewone dagvaarding. 71% achtte zich na één schriftelijke ronde in een versneld regime zaak even goed of beter geïnformeerd dan na twee schriftelijke rondes de gewone bodemprocedure. Anderzijds bleek in de praktijk niet altijd volledig aan de substantieringsplicht te worden voldaan. De meeste rechters maakten het gedurende het experiment een of meer keren mee dat de kern van het geschil niet duidelijk werd uit de schriftelijke stukken, of dat de eisende tijdens de procedure aan kwam met bewijsmateriaal of getuigen die niet van te voren waren aangekondigd. Er vond geen controle op plaats. Rechters ondernamen slechts actie indien een wederpartij bezwaar maakte. (vgl. hiervoor onder 4.2 over de signaalfunctie van rechterlijk gedrag).

De substantieringsplicht was een belangrijk punt van aandacht in een klein observatie-onderzoek tijdens comparities. In totaal werden 20 comparities na antwoord die door 6 rechters werden gehouden, bijgewoond. De helft van de comparities was aangebracht als VR zaak, de andere helft als gewone bodemprocedure. De rechters werden voorafgaand en na afloop van de comparitie geïnterviewd. In VR zaken (waar een substantieringsplicht gold) bleken ze gemiddeld beter geïnformeerd. Ze hoefden tijdens de CnA minder tijd te steken in het inwinnen van extra informatie en konden die dan ook sneller en doelgerichter afwikkelen. Ook bleken ze iets beter in staat vooraf de afloop van de comparitie te voorspellen (maar: ook in VR-zaken bleef dat lastig).

Bron:
R.J.J. Eshuis, Een kwestie van tijd,' Ministerie van Justitie, WODC Onderzoek en Beleid 171, Den Haag, 1998, pp. 77-79 en 161-162. W. K. H. Berghuis, Een wereld van verschil?, Utrecht, 1998 (scriptie).

Een belangrijke vraag daarbij is in hoeverre procesdeelnemers kunnen worden bewogen om ook voor hun positie ongunstige informatie te geven. In een recente studie naar liegen en strategisch misleiden werd aangetoond dat mensen met een vermeend competitieve tegenstander geneigd waren tot eerlijke verstrekking van informatie, wanneer hun lange termijn reputatie op het spel stond en de verstrekking van informatie openbaar was.¹⁰²

Een oude kwestie is of een vragende rechter, dan wel een debat tussen partijen de meest effectieve manier is om informatie te verzamelen. In een experiment werden 'adversarial' en 'inquisitorial' procedures getest op hun vermogen ongunstige informatie boven water te krijgen. In een situatie met volledig verborgen informatie kwam die in het inquisitoire proces in 28% van de gevallen uit, en in het debat tussen partijen slechts in 7% van de gevallen. Maar in een situatie waarin de tegenpartij een "clue" had, lukte het haar in 71% van de gevallen de informatie in het partijdebat op tafel te krijgen, terwijl een alleen inquisitoir opererende rechter dat maar in 14% van de gevallen lukte.¹⁰³ Deze gegevens wijzen in de richting van een combinatie van elementen van beide soorten procedures, en tegen het toelaten van 'fishing expeditions' door partijen zelf, die weinig effectief lijken. De onderzoekers vonden overigens geen significant verschil in de accuraatheid van de beoordeling onder de beide soorten procedures.

In dit verband is relevant dat informatie-uitwisseling een belangrijke, zo niet de grootste, kostenfactor in een proces is. Beoordeling welke informatie het meest nodig is in relatie tot de voor het proces gestelde doelen, in relatie tot de kosten van informatieverzameling en overdracht, lijkt dus een belangrijk middel om de kosten te beheersen. In dit licht kunnen bijvoorbeeld de voorstellen van de commissie worden beoordeeld om, in tegenstelling tot de

huidige rechtspraak, een prognose omtrent de waarde en de mogelijke uitkomst van bewijslevering toe te laten. Effectiviteit, fasering en efficiëntie van informatieverzameling lijkt dus in veel opzichten een sleutelvraagstuk. Daarbij is één van de belangrijkste nog onbeantwoorde vragen wat condities en prikkels zijn waaronder partijen zich ook veilig genoeg voelen om informatie te onthullen die niet zonder meer positief voor hen is.

4.6 Overschatting kansen en superioriteitsgevoel

Waarschijnlijk heeft ook het overschatten van de kans op succes invloed op de mate van bereidheid tot samenwerking. Een vaak empirisch bevestigd gegeven is dat de gemiddelde conflictpartij haar kansen op winst overschat, gemiddeld met zo'n 10%, en dat eenzijdige rechtsbijstand daar gemiddeld weinig aan verandert.¹⁰⁴ Degenen die meer aan overschatting lijden, besteden meer tijd en geld aan het bereiken van een oplossing en het lukt hen minder vaak om tot een oplossing te komen.¹⁰⁵ Dit komt onder meer doordat zowel partij als rechtshulpverlener meer weet over haar eigen situatie, dan over die van de andere partij, maar ook door de systematische overschatting van de eigen capaciteiten ten opzichte van die van anderen, waaraan ieder mens nu eenmaal lijdt.¹⁰⁶ Wat volgens één studie goed lijkt te werken om de overschatting te reduceren, is de combinatie van een waarschuwing tegen mogelijke overschatting en het uitvoeren van een opdracht om systematisch een lijst van zwakke punten op te stellen.¹⁰⁷

Daarbij moet ook worden bedacht dat de selectiehypothese van de economen Priest & Klein zegt dat noch de meest, noch de minst kansrijke zaken bij de rechter komen (voor een beslissing, niet alleen voor een executoriale

titel), maar de meest onvoorspelbare. Daarom zal de 'succeskans' tenderen naar 50%. Deze hypothese is vaak empirisch onderzocht, waarbij echter flink wat verstorende factoren opdoken, zoals verschillen in kosten van procederende partijen, die maakten dat het soms ook loont om minder kansrijke zaken aan de rechter voor te leggen.¹⁰⁸ Toch zal men mogen aannemen dat zaken met rond de 50% kans van slagen relatief vaak bij de rechter terechtkomen. Combineert men dit met het gegeven dat partijen hun succeskans gemiddeld rond 10% overschatten, dan betekent dit dus dat de zaken die bij de rechter zullen komen, zullen clusteren rond situaties waarin 'de waarheid in het midden ligt' en beide partijen hun eigen succeskans rond de 60% schatten. Welke invloed heeft dat op hun procesgedrag? Daar is nog weinig over bekend. Een redelijke aanname lijkt dat een vermindering van de overschatting van kansen, bijvoorbeeld doordat de rechter of andere informatieverstellers de partijen enig realiteitsbesef bijbrengen, de samenwerkingsbereidheid doet toenemen. Naar mate dat eerder gebeurt, en in die zin zijn de voorstellen van de herbezinnners om rechters eerder te kunnen inschakelen interessant, zal waarschijnlijk tijdswinst en kostenbesparing kunnen optreden.

Een verschijnsel dat gerelateerd kan zijn aan een overschatting van kansen, is dat van het superioriteitsgevoel (moreel of anderszins) dat mensen in een geschil regelmatig hebben. Als de ene partij zich verheven voelt boven de andere, qua gedrag of qua persoon, is dat een beletsel voor geschiloplossing, en waarschijnlijk ook voor een goede gang van zaken in onderhandeling en proces.

Er is een aantal redenen waarom mensen een superioriteitsgevoel ontwikkelen dan wel in stand houden. De eerste reden is de fundamenteel menselijke behoefte een positief zelfbeeld te hebben en te behouden. Door

¹⁰² W. Steinel, W. & C.W.K. de Dreu, C.K.W. , *Reputation concern as barrier against strategic misrepresentation in social decision making*. Ongepubliceerd manuscript, Universiteit van Amsterdam 2004.

¹⁰³ Michael K. Block, Jeffrey S. Parker, Olga Vyborna and Libor Dusek, 'An experimental comparison of adversarial versus inquisitorial procedural regimes', *American Law and Economics Review*, (2000) vol. 2, pp. 170-194.

¹⁰⁴ Voor Nederland: zie Richters, 1992, t.a.p. Voor buitenlands onderzoek zie het overzicht van Colin Caemerer, *Behavioral Game Theory*, 2003, pp. 159-161.

¹⁰⁵ Linda Babcock, George Loewenstein & Samuel Ischaroff, 'Creating Convergence: Debiasing biased Litigants', *Law and Social Inquiry*, (2001), pp. 913-925.

¹⁰⁶ Zie hiervoor noot 11.

¹⁰⁷ Babcock c.s. 2001, t.a.p.

¹⁰⁸ Zie de literatuuroverzichten geciteerd in noot 100.

zichzelf voor te spiegelen dat de eigen positie superieur is aan die van de tegenstander bevordert men een positief zelfbeeld. De implicatie is dat naarmate het positieve zelfbeeld meer onder druk komt te staan (vergelijk agressief geuite beschuldigingen en claims) mensen meer geneigd zijn om als een soort defensie hun eigen positie als superieur te beschouwen.¹⁰⁹ De tweede reden ligt besloten in de neiging van mensen de complexe werkelijkheid behapbaar te maken door aan te nemen dat de wereld is zoals zij hem waarnemen en dat redelijke en verstandige anderen die perceptie delen. Dit "naïef realisme" leidt ertoe dat de eigen positie als juist gezien wordt, en dat alles wat daarmee strijdig is als per definitie onjuist geassocieerd wordt. De implicatie is dat naarmate de situatie complexer en ingewikkelder wordt mensen meer geneigd zijn hun eigen positie als superieur te beschouwen.¹¹⁰ Dit geeft ook twee elkaar aanvullende mogelijkheden om superioriteitsgevoelens in te dammen of weg te nemen. Ten eerste zou werk gemaakt moeten worden van het in conflictsituaties tamelijk kwetsbare zelfbeeld. Geschiloplossingstrajecten waarin mensen gestimuleerd worden om respectvol met elkaar op te gaan, zouden daarop een antwoord kunnen zijn.¹¹¹ Ten tweede zouden partijen gestimuleerd kunnen worden van rol te wisselen en het conflict eens vanuit het perspectief van de tegenpartij te benaderen.¹¹² Dit is wat in het sociaal constructivisme 'taking the role of the other' wordt genoemd.¹¹³

4.7 Overige factoren

Er zijn nog meer factoren te noemen die invloed kunnen hebben op de neiging van partijen om zich coöperatief op te stellen. Interessant thema van onderzoek lijkt in dit verband ook of de samenwerkingsbereidheid afhankelijk is van de soort norm waaronder de zaak moet worden beslist. Die norm is primair een kwestie van materieel recht, maar de wijze waarop rechters daaraan in concrete zaken invulling geeft, is ook van belang. Amerikaans onderzoek naar de effecten van de invoering van 'no fault' echtscheidingen¹¹⁴ en ervaringen met het Zweedse systeem voor compensatie bij schade door medisch handelen wijzen in die richting.¹¹⁵

Wordt samenwerking binnen het proces en het bereiken van een minnelijke oplossing gemakkelijker of moeilijker als de rechter 'alles of niets' uitkomsten geeft, dan wel tussenoplossingen kan en wil bereiken, bijvoorbeeld met hulp van het leerstuk eigen schuld? Wat voor invloed op de communicatie van partijen en hun oplossingsbereidheid hebben normen waarin de beoordeling van gedrag in het verleden centraal staat (onzorgvuldigheid, tekortschieten in nakoming), tegenover andere objectieve criteria (risico, aantal dienstjaren, behoefte)? Daarbij is waarschijnlijk ook een koppeling te maken met de voorkeuren van mensen ten aanzien van het soort beoordeling dat de rechter verricht

Een ander te onderzoeken element is de invloed van de factor tijd. Empirisch staat vast dat verhoudingsgewijs veel zaken worden geschikt vlak voor de rechter werkelijk in actie komt met

een uitgebreide zitting en een daarop volgende eindbeslissing.¹¹⁷ Enerzijds is bekend dat een hoge mate van tijdsdruk de kwaliteit van de onderlinge onderhandelingsovereenkomst vaak nadelig beïnvloedt.¹¹⁷ Een te sterke "pressure-cooker" opzet pakt wellicht juist averechts uit, en leidt wellicht tot cognitief lui gedrag. Daarnaast vond Moore dat 'moderate deadlines' een gunstig effect kunnen hebben op uitkomsten van onderhandelingen.¹¹⁸ Een deadline kan ook de juiste aanzet vormen om er eens even goed voor te gaan zitten en de laatste kans te benutten. Veel hangt waarschijnlijk af van de kosten die gepaard gaan met het niet benutten van die laatste kans.¹¹⁹ In dat verband kan het wellicht ook zin hebben om nog eens stil te staan bij de functie van het hoger beroep in civiele zaken (zie hierna onder 5.3). Hoger beroep vermindert immers de kosten van het niet benutten van de laatste kans.

4.8 Leiden 'samenwerkingsregels' ook daadwerkelijk tot samenwerking?

De herbezimmers willen onder meer in regels vastleggen dat partijen en andere proces-deelnemers zich coöperatief zullen moeten gedragen. In paragraaf 2.2 werd al gewezen op de onbeoogde, perverse, effecten die regels kunnen hebben. In hoofdstuk 7 komt dit aspect nog terug in de vorm van de vraag hoe een verandering als beoogd meer in het algemeen kan worden 'gemanaged'. Maar de vraag of regels die bepalen dat bepaalde vormen van coöperatie moeten plaatsvinden effectief zijn, is een cruciale voor de herbezinning, zodat wij er nu reeds op ingaan.

Wat is er bekend over de condities waaronder regels, procedures en standaard-aanpakken in

het algemeen succes hebben. Werken zij? Voor hoe lang? En met welke neveneffecten? Procedures, regels, afspraken en gedrag zijn altijd ingebed in dragers en systemen:¹²⁰

- *Symbolische systemen*: cultuur, attitudes, waarden, verwachtingen maar ook 'andere regels' (die al bestaan en daarmee 'grenswaarden stellen' aan nieuwe regels).
- *Relationele systemen*: bijvoorbeeld de wijze waarop 'governance' plaats vindt (waarschijnlijk in zwakke vorm in een organisatie als de rechterlijke macht), verdeling van macht en verdeling van autoriteit.
- *Routines*: protocollen, standaard-werkwijzen, rollen ('coördinerend vice president') en scripts ('hoe te handelen in de positie van ...').
- *Artefacten*: de sociale software van de organisatie (conventies op agendagebied, toga's, manier van spreken enz.).

Deze zaken bepalen sterk het speelveld van organisatieverandering. Invoering van wijzigingen rondom burgerlijk procesrecht betekenen, de facto, organisatie- en gedragswijzigingen die veel meer betreffen dan alleen de regelwijziging zelf. Dat betekent dat men zich de vraag moet stellen of die dragers en systemen mee kunnen worden veranderd? Mooi voorbeeld van een 'pervers effect' zijn procedureel-organisatorische voorwaarden waar de Rekenkamer aan toetst in haar streven doelmatigheid te bevorderen bij de rijksdienst. Deze normen sturen het ontwerp en uitvoeringswerk van de beoordeelde organisaties. De kans dat naleving ervan tot grotere doelmatigheid leidt, is echter gering.¹²¹ Dit soort werk staat in de traditie van onderzoek naar de performance paradox: 'organisaties die veel meten en weten in termen van prestatie-contracten/afspraken enzovoort, zijn niet a priori

¹⁰⁹ W.K. Campbell, & C. Sedikides, 'Self-threat magnifies the self-serving bias: A meta-analytic integration', *Review of General Psychology*, (1999) 3, 23-43.

¹¹⁰ Ross, L., & Ward, A., 'Psychological barriers to dispute resolution', in: M.P. Zanna (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology* (1995) vol. 27, pp. 255-304. New York Academic Press.

¹¹¹ Zie ook paragraaf 2.4.

¹¹² C.W.K. de Dreu, 'Psychologische grondslagen van conflictescalatie: Oorzaken en remedies', *De Psycholoog*. 2004 (in druk).

¹¹³ A.C. Zijdeveld, *De samenleving als schouwspel: een sociologisch leer- en leesboek* Lemma, Utrecht, 1991 (tweede druk).

¹¹⁴ Ray D. Madoff, 'Lurking in the Shadow: The Unseen Hand of Doctrine in Dispute Resolution', *Southern California Law Review*, (2002) vol. 76, pp. 161-187.

¹¹⁵ Patricia M. Danzon, 'The Swedish Patient Compensation System Lessons For The United States', 15 *Journal of Legal Medicine*, (1994) pp. 199 e.v.; Dufwa, Bill W., *La responsabilité disparue-indemnisation des victimes d'accidents médicaux en droits scandinaves* in Viney, Geneviève (Ed.), *L'indemnisation des accidents médicaux*, Paris, L.G.D.J., 1997.

¹¹⁶ K. Spier, 'The dynamics of pretrial negotiation', *Review of Economic Studies* (1992) 59, pp. 93-108.

¹¹⁷ C.W.K. de Dreu, 'Time pressure and closing of the mind in negotiation', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, (2003), vol 91, pp. 280-295.

¹¹⁸ Don-A. Moore, 'The unexpected benefits of final deadlines in negotiation', *Journal-of-Experimental-Social-Psychology* (2004), pp. 121-127.

¹¹⁹ Zo ook: De Dreu, 2003, t.a.p. en Moore 2004. t.a.p.

¹²⁰ R. Scott, *Organizations: Rational, Natural and Open Systems*, Prentice Hall, New York 2002.

¹²¹ F.L. Leeuw, 'Doelmatigheidsonderzoek van de Rekenkamer als regelgeleide organisatiekunde met een rechtssociologisch tintje?', *Recht der Werkelijkheid* (1998) nr 2. pp. 35-71; id. 'Trends in toezichtland', *Publiek Management* (2004) nr. 1 pp. 48 e.v.

effectieve, op de vergroting van maatschappelijke welvaart gerichte organisaties.¹²²

De literatuur lijkt er op te wijzen dat het enkel neerleggen van de verplichting tot coöperatie in regels in ieder geval niet voldoende is. In de eerdere paragrafen van dit hoofdstuk kwamen tal van opties naar voren die van belang kunnen zijn om coöperatief gedrag ook feitelijk te bewerkstelligen. Met een gerichte inzet van een goed doordachte combinatie van deze middelen, wellicht in een projectmatige aanpak, lijkt een meer coöperatieve procesvoering zeker bereikbaar.

¹²² S. van Thiel en F.L. Leeuw, 'The Performance Paradox in the Public Sector', *Public Productivity and Management Review* (2002) vol 25, nr. 3 pp. 267-281.

05

Welke soort procedure voor welk soort geschil

Aanbevelingen van de commissie

- 6 Een differentiatie van procedures is wenselijk. Zij dient, anders dan thans, te verlopen langs lijnen waarbij de omvang van de in te zetten menskracht en middelen van de overheidsrechtspraak in beginsel wordt gerechtvaardigd door de bewerkelijkheid en waarde van het geschil. Uitgaande hiervan is het onderscheid tussen kantonzaken en andere rechtbankzaken aan herziening toe. Het toch al willekeurig geworden onderscheid tussen dagvaardingsprocedure en verzoekschriftprocedure is achterhaald.
- 7 Incassozaken dienen in beginsel uit het rechterlijke circuit te worden gehaald en te worden geautomatiseerd, tenzij verweer wordt gevoerd.
- 8 Overwogen moet worden of voor de afhandeling van small claims een afzonderlijke procedure nodig is dan wel of dergelijke zaken in beginsel niet beter door rechtsbijstandverzekeraars kunnen worden behandeld.
- 9 Bij een small claims-procedure (indien daarvoor wordt gekozen) dient de procesgang zo eenvoudig mogelijk te zijn en zodanig te zijn gestandaardiseerd, dat betrokkenen op voorhand weten wie wat wanneer en hoe moet doen. Case management van de rechter is hierbij in beginsel niet nodig.

Bovenstaande aanbevelingen zien op een differentiatie in procedurevormen en standaardisatie daarvan op basis van objectieve criteria. Welke procedure voor welk type geschil zou moeten worden aangeboden, kan vanuit verschillende perspectieven worden benaderd: vanuit rechtstatelijke normen als die van artikel 6 EVRM, vanuit het perspectief van wensen van procespartijen en vanuit een efficiënte organisatie.

Daarbij ligt het voor de hand de aangeboden procedures toe te snijden op, of in ieder geval voldoende geschikt te maken voor, de belangrijkste categorieën problemen die partijen ervaren (zie paragraaf 5.1). Paragraaf 5.2. behandelt de kennis uit organisatietheorie en logistiek over vraagstukken differentiatie en specialisatie. Dan wordt vervolgd met drie belangrijke vragen die spelen als procedures worden ontworpen voor specifieke soorten geschillen: Wat is de gewenste mate van accuraatheid waarnaar wordt gestreefd (paragraaf 5.3)? In welke mate moeten procedures worden toegesneden op het ondersteunen van partijen bij het zelf oplossen van het geschil of op het beslechten van het geschil (paragraaf 5.4)? Hoe kan rekening worden gehouden met verschillen in toegankelijkheid voor verschillende bevolkingsgroepen (paragraaf 4.5)?

5.1 Welke problemen ervaren mensen?

Bij de differentiatie van procedures is in de eerste plaats relevant welke problemen mensen regelmatig ervaren. Differentiatie is immers een kwestie van toesnijden van procedures op specifieke categorieën gevallen, om daarmee een betere behandeling te waarborgen en 'economies of scale' te kunnen bereiken. Het overgrote deel van de civiele procedures wordt aangebracht door rechtspersonen. Onderzoek naar gedrag en overwegingen van procespartijen richt zich desondanks vaker op natuurlijke personen. Ook over het type

(juridiseerbare) problemen van natuurlijke personen valt uit onderzoek meer te leren dan over de problemen van rechtspersonen. Op basis van het onderzoek 'Geschilbeslechtingdelta 2003' kan een rangorde worden gemaakt van het aantal en de ernst van de problemen waarmee Nederlanders te maken krijgen. (zie p. 50).

Problemen die natuurlijke personen ervaren

	N	Percentage	Zwaarte
Problemen met gezondheid vanwege werk of ongeluk	326	9,3%	3.9
Verlies baan	313	8,9	3.9
Beëindigen relatie (echtscheiding, omgang)	213	6,6	4.0
Loon en arbeidsvoorwaarden (inschaling, promotie, verlof)	980	27,8	3.3
Arbeidsomstandigheden en werkklimaat	528	15,0	3.5
Burenproblemen	615	17,5	3.3
Lastigvallen, mishandeling of misbruik door familielid	73	2,1	4.3
Ernstige opvoedingsproblemen	40	1,1	4.4
Bedreiging, mishandeling of misbruik kind	54	1,5	4.3
Consumentenproblemen	1529	43,5	2.9
Ontoereikende medische of tandartsbehandeling	64	4,7	3.7
Lastigvallen, mishandeling of misbruik buiten familie	98	2,8	3.8
Laster, smaad	53	1,5	3.8
Problemen na overlijden (bijvoorbeeld erfenis)	119	3,4	3.6
Verkeerde hulp en adviezen	162	4,6	3.5
Uitkering	161	4,6	3.5

Deze rangorde is gebaseerd op het antwoord van 3516 respondenten over een periode van vijf jaar waarbij de urgentie werd uitgerukt via een schaal van 1 (hield betrokkene in het geheel niet bezig) tot 5 (betrokkene werd er geheel door in beslag genomen).

Bron:

B.C.J van Velthoven en M. Ter Voert, *Geschildbeslechtsingsdelta 2003*, Ministerie van Justitie, WODC Onderzoek en Beleid 214, Den Haag, 2004, Bijlage 2.

Verschaft een dergelijke enquête een volledig beeld? Vast niet. Er zijn duidelijke aanwijzingen dat mensen de minder ernstige problemen waarbij geen echte persoonlijke relaties in het geding zijn, na enige tijd betrekkelijk snel vergeten. Omgekeerd is het denkbaar dat met name die conflicten die in sterke mate ingrijpen op het welzijn van (een of meerdere) betrokkenen, uitlokken tot vermijdingsgedrag. Partijen zijn eerder geneigd elkaar uit de weg te gaan, de kwesties te bagatelliseren, of anderszins het conflict dood te zwijgen.¹²³ Recente studies suggereren dat deze neiging tot vermijdingsgedrag toeneemt naarmate het conflict een meer sociaal-emotionele lading krijgt en belangen in plaats van tegengestelde meningen en inzichten op het spel staan.¹²⁴

Deze ranglijst geeft een indicatie van de problemen waarop de rechterlijke macht en de andere instituties voor geschiloplossing hun voorzieningen met name zouden kunnen afstemmen. Zwaarwegende problemen als die met gezondheid voortvloeiend uit werk of ongeluk (letselschade), maar ook burenp Problemen, worden in de huidige praktijk met ‘gewone’ rechtbankprocedures bediend, die relatief moeilijk toegankelijk zijn (verplichte procesvertegenwoordiging, formeel, langdurig). Dit zouden speerpunten voor verbetering kunnen zijn.¹²⁵ De voornaamste informatie die hier ontbreekt, vloeit voort uit het al genoemde feit dat onderzoek naar het gebruik van rechtshulp en rechtspleging tot nu toe vooral is geconcentreerd geweest op (behoeften van) gewone burgers. De positie van rechtspersonen verdient nader onderzoek.

5.2 Optimale organisatie: Logistiek

‘Logistiek en operations management’ zijn onderdelen van de organisatie theorie die zich bezighouden met inrichting van productiestromen.¹²⁶ Overwegingen bij de inrichting van de productiearchitectuur zijn bijvoorbeeld de variëteit in in- en output, voorspelbaarheid van de vraag, de variëteit in gebruikte technologieën, de mate waarin het werk specialistische kennis en vaardigheden vraagt. Differentiatie kan ook volgen uit marktstrategieën, bijvoorbeeld het kunnen bieden van producten met uiteenlopende prijs/kwaliteitverhoudingen (confectie en maatwerk).

Deze ‘body of knowledge’ lijkt op twee manieren relevant in het kader van de fundamentele herbezinning: als bron van algemene ijkpunten voor differentiatie en van relevante kennis over voor- en nadelen van de verschillende alternatieven. Voorbeelden van alternatieven die zo kunnen worden beoordeeld zijn specialisatie van rechters of rechtscolleges, de voor- en nadelen van een centrale rol en case-management. Case-management per zaak, bijvoorbeeld, combineert uitvoerende en regelende taken. Afname van (centrale) besturingscomplexiteit door het procesrecht, op het niveau van de organisatie van de rechtbank en op het niveau van ‘de rol’ is hiervan het gevolg, maar het rechters en ondersteuning zullen moeten leren om de juiste mix tussen routines en op de zaak toegesneden behandeling te vinden.

¹²³ D. Kolb, & J. Bartunek, *Hidden conflict in organizations*, Sage, Thousand Oakes, CA 1992.

¹²⁴ C.W.K. de Dreu, D. van Dierendonck, & M. Dijkstra, ‘Looking back, looking ahead Conflict at work and individual well-being’, *International Journal of Conflict Management*, (2004) 15, pp. 1–18.

¹²⁵ Vgl. ook de relatief lage score van deze problemen op het bereiken van de doelstellingen van de particuliere partij en het relatief grote aantal problemen dat nog onopgelost is bij Van Velthoven & Ter Voert 2004, p. 35 en p. 140 gelezen in combinatie met Bijlage 2.

¹²⁶ Voor een behandeling van de mogelijke varianten, met voor- en nadelen, zie bijvoorbeeld L.U. de Sitter, *Op weg naar nieuwe fabrieken en kantoren; een rapport inzake de kwaliteit van de arbeid, organisatie en arbeidsverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 1982. (Pre-advies voor de WRR, met name pp. 115 – 142); K. Lockyer, A. Muhlemann & J. Oakland , *Production and Operation management*, Pitman Publishing, London, Fifth edition 1991 (met name pp. 199 - 268).

Een goede mate van specialisatie waardoor bepaalde soorten zaken samen worden gebracht en een afwikkeling op maat kan worden gerealiseerd, kan waarschijnlijk leiden tot besparingen op kosten bij gerecht en partijen. Het kan ook de 'kwaliteit' van het proces doen toenemen. Belangrijke aandachtspunten bij de het vinden van de juiste differentiatie, die deels voortvloeien uit de logistieke benadering, zijn:

- Wat zijn de belangrijkste punten waarop kan worden gedifferentieerd: naar het type service dat de partij vraagt (zie paragraaf 2.2), naar de aard van het geschil, de benodigde kennis (specialisatie), naar prijs, naar doorlooptijd?
- De zoekkosten voor partijen en rechterlijke macht. Kan de rechtzoekende eenvoudig het juiste adres vinden? Is er één loket en wordt daarachter (aan de hand van door de verzoeker verstrekte gegevens) de behandeling bepaald? Of zijn er meer loketten? Wordt de rechtzoekende snel doorverwezen als hij verkeerd begint of ontstaat er dan een 'procedure in een procedure' met weinig toegevoegde waarde?
- Het vermijden van 'dubbel werk'. Weergave van nagenoeg dezelfde feiten door beide partijen, herhalingen in processtukken, zijn daar voorbeelden van. Maar ook dubbel werk in volgende instanties. Hoeveel instanties zijn er, en onder welke voorwaarden, staan ze open? Is de grondregel dat een hogere rechter de uitspraak in beginsel overneemt, tenzij? Hoeveel beroepsmogelijkheden zijn nodig?
- De voorspelbaarheid van het verloop en de uitkomst van de rechtsgang. Hoe groter die is, des te eerder zullen partijen een schikking treffen. Maar het bestaan van meer beroepsmogelijkheden, zeker als daarbij meer dan marginaal wordt getoetst, verhoogt de voorspelbaarheid niet.
- De mogelijkheden van strategisch gebruik van processuele bevoegdheden. Processuele bevoegdheden zijn gegeven als middel om

de doelen van het proces te verwezenlijken, maar worden ook gebruikt (zie hiervoor onder 2.2) om strategisch voordeel in onderhandelingen te verwezenlijken (tijdrekken, de ander op kosten jagen).

- Welke consequenties heeft differentiatie voor de besturingscomplexiteit? Het differentiëren in aparte productiestromen of procedures leidt tot toename van besturingscomplexiteit, met toenemende coördinatiewerkzaamheden en overhead als gevolg.¹²⁷

Een belangrijke vraag lijkt ook wat moet worden gedaan met moeilijker zaken. Op welke wijze en in welk stadium worden complexe zaken uit de instroom van zaken gefilterd? Kan dat wel (soms worden zaken 'complex gemaakt')? Wat zijn de verschillen in doorlooptijd, kosten en uitkomst tussen zaken die ter comparitie een actief procesplan krijgen en zaken die de rechter niet actief regisseert? Welke aanpak voor complexe zaken wordt gekozen en wat zijn de verschillende strategieën die daarbij gevolgd kunnen worden? En meer in het algemeen: hoe kunnen verschillen tussen werkwijzen van rechtbanken, die vaak als onwenselijk worden ervaren, worden omgezet in experimenten met verschillende methoden en hoe kan zichtbaar worden wat het effect is op kwaliteit en efficiëntie afdoening?

5.3 Accuraatheid van de uitkomst

Een voor de organisatie van verschillende procesvormen zeer relevante vraag is hoe accuraat de uitkomst moet zijn, mede gezien de kosten die aan het bereiken van precisie verbonden zijn. Welke kans op fouten en welke omvang van fouten wordt aanvaardbaar gevonden?¹²⁸ Het antwoord op die vraag kan niet ontleend worden aan de preferenties van partijen die zich in een geschil bevinden. Als partijen eenmaal in een procedure zitten, zullen zij vooral strategisch denken. Zij zullen een afweging van hun eigen kosten en baten maken

bij het inzetten van procedurele middelen om meer zorgvuldigheid te bereiken, zoals deskundigenberichten en rechtsmiddelen. Wil de een op een bepaald punt meer precisie, dan zal de ander daar vaak juist geen belang bij hebben. Wat zij ieder voor zich willen, lijkt dus geen geschikte maatstaf voor de mate van precisie. Soms lijkt dat in het huidige procesrecht stilzwijgend de norm te zijn: ieder van partijen heeft voor zich het recht om informatie en bewijs te blijven aanleveren.

De rechter zal als juridische professional bovendien de natuurlijke neiging hebben kwaliteit sterker in de afweging te betrekken dan doelmatigheid. Dat kan ook betekenen dat meer kosten van waarheidsvinding op een gegeven moment niet meer opwegen tegen extra baten in het vermijden van fouten. Weliswaar normeert het huidige financieringssysteem (LAMICIE) de bestede aandacht/tijd van de rechter, maar doet dat op basis van de huidige gemiddelde tijdsbesteding. Die realiseert niet noodzakelijk het juiste evenwicht. Bovendien zijn er aanwijzingen dat de onderlinge verschillen tussen rechters en gerechten groot zijn.

Anderzijds komt er ook meer tegenwicht van de kant van de rechter, die in het kader van zijn 'regie-functie' de informatievoorziening enigszins lijkt te begrenzen, en de fundamentele herbezinningen zetten die lijn door. Wat hier het juiste evenwicht is, lijkt een zeer belangrijke onderzoeksvraag. Er is enige rechtseconomische literatuur over de mate van precisie die maatschappelijk wenselijk is, en die neigt naar het op de koop toenemen van meer fouten dan in juridische kringen aanvaardbaar wordt geacht, maar zij kijkt vooral naar het effect van fouten op het voorkomen van schade.¹²⁹ Een andere aanwijzing kan zijn welke soorten arbitrage- of andere privéprocedures mensen zelf ontwerpen, als zij de tijd en aandacht daarvoor nemen. Of wat mensen kiezen als zij een keuze kunnen maken, zoals consumenten die kunnen kiezen

tussen een geschillencommissie en de kantonrechter. Het lijkt niet al te moeilijk om een onderzoek te ontwerpen waarin mensen gevraagd wordt om kansen op fouten in de uitkomst af te wegen tegen de kosten die zij voor de procedure moeten maken.

5.4 Onderhandelingsbijstand dan wel beslechten geschil?

Een belangrijk punt van differentiatie lijkt ook wanneer en in hoeverre de rechter partijen beter kan helpen zelf hun geschil op te lossen, dan wel het geschil beter voor hen kan beslissen. Of, en hoe lang, zoeken naar een oplossing zinvol is, tijdens de zitting, op de gang, tijdens een paar maanden pauze in de procesgang, of tijdens een mediation-interval, vormt een vraag die rechters zich dagelijks stellen. Het is vanuit het oogpunt van partijen ook een zeer relevante vraag, want er lijkt een aanzienlijk verschil te tussen de effecten van zelf overeengekomen oplossingen en door een neutrale derde als een rechter opgelegde oplossingen.¹³⁰ Partijen die samen met de andere partij een oplossing vinden:

- bereiken aanmerkelijk meer van hun gestelde doelen dan degenen die hun geschil via een beslissing beëindigen (90 % tegenover 66%);
- bereiken die oplossing sneller, zij vinden die oplossing aanmerkelijk billijker (86% tegenover 58%);
- komen afspraken beter na (91% tegenover 78%);
- zien hun conflict minder vaak voortduren (6% tegenover 22%);
- hebben minder last van stress (34% om 47%), slapeloosheid (22% om 34%) of gezondheidsproblemen (18% om 34%).
- ervaren een groter gevoel van controle (32% om 16%).

Deze cijfers lijken in eerste instantie te bevestigen dat investeren in een goede gezamenlijke

¹²⁷ A.M. Hoevenaars, *Productiestructuur en organisatievernieuwing*, Eindhoven 1991, dissertatie.

¹²⁸ Anders dan wel wordt aangenomen, is dit niet dezelfde keuze als die tussen 'maatwerk' en 'standaardisatie'. Zowel in een op maat voor een zaak ontworpen procedure als in een standaard voor meerdere zaken kan men streven naar een hogere of lagere precisie. Een maatpak kan flodderig zitten; confectie kan een verfijnd systeem van maten hebben, of zelfs de mogelijkheid van individueel vermaken, en daarmee tot grotere precisie komen.

¹²⁹ L. Kaplow & S. Shavell, 'Accuracy in the Determination of Liability', *Journal of Law & Economics* (1994), vol. 37 (1), pp. 1-15; id. 'Accuracy in the Assessment of Damages', *Journal of Law & Economics*, (1996) vol. 39(1), pp. 191-210.

¹³⁰ Van Velthoven & Ter Voert 2004, t.a.p., pp. 155-170.

oplossing loont. Maar dat veronderstelt dat de zaken die door de rechter worden beslist gelijke kenmerken hebben als de zaken die door partijen onderling worden opgelost. In deze invalshoek zijn beslissingen van rechters alleen nodig bij ‘mislukte onderhandelingen’. Gegevens die deze hypothese ondersteunen zijn aanwijzingen dat sommige groepen, bijvoorbeeld lager opgeleiden, minder communicatieve en sociale vaardigheden hebben dan andere groepen, en dat hun zaken eerder ter beslissing aan de rechter worden voorgelegd.¹³¹ Voor een deel is het echter waarschijnlijk dat zaken die uiteindelijk bij de rechter komen systematisch afwijken van zaken die door onderhandelingen kunnen worden opgelost. Ze verschillen bijvoorbeeld in termen van: integratief potentieel (mogelijkheid om in de toekomst nog iets voor elkaar te betekenen), distributief karakter (vraag is vooral wie krijgt hoeveel van de koek); escalatiegraad; mate van krenking bij partijen; beleving van ernst van het geschil en doelen van procespartijen.

Vervolgens rijst de vraag of op basis van onze huidige kennis indicatoren kunnen worden ontwikkeld om in bepaalde zaken meer onderhandelingsbijstand te geven (in de procedure of door verwijzing naar een mediator), dan wel sneller aan te sturen op een beslissing. Dit zou per individuele zaak kunnen gebeuren, maar het ligt meer voor de hand om in bepaalde zaken eenvoudigweg uit te gaan van de veronderstelling dat verdere onderhandelingsbijstand nuttig kan zijn, zoals nu waarschijnlijk ook gebeurt bij het selecteren van zaken voor comparities. De te ontwikkelen indicatoren

zouden kunnen worden vergeleken met de indicatoren die ontwikkeld zijn in de praktijk van verwijzing naar mediation.¹³²

5.5 Verschillen in toegankelijkheid voor verschillende bevolkingsgroepen

Een belangrijk terrein van onderzoek is altijd geweest of bepaalde bevolkingsgroepen moeilijker hun rechten geldend kunnen maken. Uit ‘Geschilbeslechtsingsdelta 2003’ blijkt, dat lager opgeleiden iets vaker passief blijven, minder vaak overeenstemming bereiken met de wederpartij, en vaker slikken. Er zijn ook signalen dat sommige groepen afhaken omdat zij zich niet thuisvoelen in de wereld van het recht. Tekenend is ook dat de respondenten gemiddeld neutraal antwoorden op de hen voor gelegde stelling of het rechtssysteem voor iedereen gelijk werkt, ongeacht of iemand arm of rijk is, en dat hun oordeel negatiever is als zij daadwerkelijk (juridische) conflicten hebben gehad.¹³³ Uit onderzoek naar de mate waarin mensen zeggen vertrouwen te hebben in het recht en het rechtssysteem blijkt voorts dat personen met een lage opleiding minder vertrouwen daarin hebben dan personen met een hoge opleiding.¹³⁴ Verder is nog van belang dat het opleidingsniveau van degenen die gebruik maken van alternatieve geschilbeslechtsingsprocedures hoger is dan van de gemiddelde burger.¹³⁵ De verklaring daarvan is Aan de andere kant lijken mensen meer tevreden over de manier waarop hun geschillen met organisaties (bedrijven en overheden) worden opgelost dan geldt voor

geschillen met andere particulieren.¹³⁶ Het is ook niet uitgesloten dat meer variatie en keuzemogelijkheden tot extra problemen voor laag opgeleiden leidt. Zelfs voor rechters is het soms al moeilijk te bepalen waar men voor welk geschil naar toe moet.¹³⁷

¹³¹ Van Velthoven & Ter Voert 2004, t.a.p. pp. 129-131.

¹³² Combrink-Kuiters, L., Niemeijer, E., Voert, M. ter, *Ruimte voor mediation*, WODC Onderzoek en Beleid 210, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2003.

¹³³ Scores 3,00 op een schaal van 1 (geheel oneens) tot 5 (geheel eens) bij degenen die geen problemen hadden en 2,70 bij degenen die wel problemen hadden, zie Van Velthoven & Ter Voert 2004, respectievelijk p. 151 en p. 164.

¹³⁴ T. van der Meer, ‘Een kwestie van vertrouwen’, *Rechtstreeks*, (2004) nr. 1; P. Dekker, C. Maas-de Waal en T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak. Theoretische en empirische verkenningen voor een monitor*, SCP, Den Haag 2004.

¹³⁵ Voor klagers bij de Nationale ombudsman, J. Timmer en B. Niemeijer, *Burger, overheid en Nationale ombudsman*, Evaluatie van het instituut Nationale ombudsman, SDU, Den Haag 1994, p. 98; Voor klagers over advocaten: N. Doornbos en L.E. de Groot-van Leeuwen, *Klachten op Orde, de behandeling van klachten over advocaten*, Kluwer, Deventer 1997 p. 92. Voor klagers over medisch personeel in ziekenhuizen: N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen, *De geschillencommissie ziekenhuizen*, Koninklijke Vermande, Lelystad 2000.

¹³⁶ Van Velthoven & Ter Voert 2004, t.a.p.

¹³⁷ L.E. de Groot-van Leeuwen, ‘Klachtrecht een nabeschouwing’, in: P.P.T. Bovend’Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen en Th.J.M. Mertens (red), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Kluwer, Deventer 2003, pp. 133-134.

06

Case-Management door de rechter

Aanbevelingen over de sturende rechter

- 16 ii** bij normale procedures bestaat weliswaar een vaste structuur van één schriftelijke ronde, in beginsel gevolgd door een mondelinge behandeling, maar de daarin te behandelen zaken zijn soms zodanig dat ruimte moet zijn voor afwijkingen, nader overleg over knelpunten of over de voortgang; een centrale rol is niet de meest geschikte plaats voor dit soort kwesties; daarom bepleiten wij de zaaksrechter die als case manager met gebruikmaking van moderne communicatiemiddelen met partijen communiceert en voor hen bereikbaar is;
- 16 iv** in normale procedures zijn partijen verplicht ervoor te zorgen dat zij uiterlijk op de dag van de mondelinge behandeling het geschil feitelijk en juridisch zodanig hebben uiteengezet en gedocumenteerd, dat hetzij de zaak voor beslissing gereedligt, hetzij anderszins afgedaan kan worden, hetzij passende afspraken over het vervolg van de procedure kunnen worden gemaakt; met het oog hierop zal de rechter van zijn kant tijdens de mondelinge behandeling het geschil feitelijk en juridisch met partijen moeten bespreken, vragen stellen, onduidelijkheden of onvolledigheden signaleren en proberen op te helderen, en zo nodig om nadere informatie of bewijsstukken vragen;
- 16 ix** er dienen sancties te worden gesteld; sanctiestelsel is essentieel, omdat anders alle voorgaande voorstellen al spoedig in vrijblijvende bezweringsformules verkeren;

Partijen zijn gehouden mee te werken. De procedures zijn enigermate op hun probleem toegesneden door een voldoende mate van differentiatie en standaardisatie. Vervolgens heeft de rechter volgens de herbezimmers de primaire verantwoordelijkheid voor het case-management. Wat is er nodig om deze formule te doen slagen?

Eerst bekijken we welke van de al besproken onderwerpen ook aanknopings-punten bieden voor het bepalen van effectieve vormen van case-management (paragraaf 6.1). Dan gaan we in op de resultaten en mogelijkheden van observatieonderzoek naar goede vormen van case-management (paragraaf 6.2). Tenslotte bekijken we een specifieke bevoegdheid die de herbezimmers overwegen in te voeren met het oog op een beter case-management, te weten het opleggen van sancties (paragraaf 6.3).

6.1 Effectief case-management

Opvallend is dat er in Nederland nog nauwelijks literatuur bestaat over de manier waarop een rechter het proces het beste kan 'regisseren'. Binnen de rechterlijke macht komt daar, nog aarzelend, wel discussie over tot stand in het kader van intervisie. Daarnaast krijgt het onderwerp aandacht binnen het verbeterprogramma dat in het landelijk overleg van alle civiele sectoren ontwikkeld is. Dat zou op den duur moeten leiden tot 'regiemodellen'. Hoe zou dat kunnen gebeuren?

Welke vorm van 'regie' door de rechter het meest effectief is, kan in de eerste plaats met behulp van verschillende criteria worden bepaald. Hiervoor kwamen een aantal perspectieven aan de orde, die in dit verband criteria kunnen opleveren:

- het perspectief van partijen: functies, wensen en 'prijzen' (paragraaf 2.3 tot en met 2.5);
- de wijze waarop de rechter coöperatief gedrag van partijen kan bewerkstelligen (zie

- de paragrafen van hoofdstuk 4);
- het logistieke perspectief (paragraaf 5.2);
- de gewenste mate van accuraatheid van de procedure (paragraaf 5.3);
- de toespitsing op hulp bij onderhandeling en/of het voorbereiden van de eigen beslissing (5.4);
- het verschil in toegankelijkheid tussen procespartijen (paragraaf 5.5);

Dit waren de perspectieven die ook bepalend leken voor de wijze waarop tussen verschillende procedures moet worden gedifferentieerd. Case-management is immers eigenlijk het verder door differentiëren op het niveau van de individuele zaak. Het zal niet gemakkelijk zijn om al die perspectieven systematisch te vertalen naar en te integreren in een goede aanpak. Maar er zijn wel aanzetten in de Nederlandse en Amerikaanse literatuur over case-management, die gebruikt kunnen worden als een startpunt voor verdere gedachtevorming.¹³⁸ Daarbij zou het ook zinvol kunnen zijn om de kennis over project- en procesmanagement te mobiliseren, zeker waar het gaat om grotere en complexere zaken (Volendam, Enschedé), of over het regisseren van grote groepen zaken (aandelen-lease-affaire).¹³⁹ Wanneer een procedure een gecoördineerde inzet van tientallen mensen vergt kunnen de basisprincipes voor het uitvoeren van grote projecten bijvoorbeeld relevant worden.

Als op basis van deze perspectieven modellen voor case-management worden geformuleerd, ligt het voor de hand een brug te slaan naar de competenties van rechters: op welke attitudes, kennis en vaardigheden worden zij geselecteerd en verder opgeleid? In het onderzoek van Huls en Schellekens naar de WSNP¹⁴⁰ wordt een aantal rollen van RC's in schuldsaneringszaken beschreven. Een aantal rechterlijke taken wordt intern omschreven als 'doe functies', waar pragmatisch handelen en 'getting things done' voorop staan en waarbij de juridische nuance niet voorop staat. Zij constateren grote verschillen

¹³⁸ Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, t.a.p. met name hoofdstuk 12.

¹³⁹ Zie: *Over lenen, leasen en verliezen*, eindrapport van de Commissie geschillen aandelenlease, Den Haag, juli 2004.

¹⁴⁰ Nick Huls en Vivian Schellekens, t.a.p. 2001.

in de achtergronden van de RC's in de verschillende rechtbanken. Zij hebben dat niet gekoppeld aan de uitspraken. Het zou interessant zijn te onderzoeken of die verschillen in achtergrond ook leiden tot verschillen in de rechtspraak. De rechterlijke macht heeft inmiddels competentie-profielen opgesteld voor verschillende rechterlijke functies. Deze gevraagde competenties zouden moeten aansluiten bij de te ontwikkelen case-management modellen.

Een onderdeel van de competenties waar vaak in het bijzonder de aandacht wordt gevraagd is dat van de communicatieve vaardigheden en interventies waarover de rechter beschikt. De rechter heeft te maken met een breed scala aan conflictgedrag, zowel van partijen zelf als van hun advocaten of rechtshulpverleners. Dit speelt met name tijdens de comparitie. Communicatie (verbaal/non-verbaal) speelt daarbij een belangrijke rol. Welke communicatiestijl hanteren rechters en op welke wijze reageren ze daarbij op conflictgedrag van partijen? Er is veel onderzoek gedaan naar de effecten van verschillende vormen van interventies van neutrale partijen in conflicten.¹⁴¹ Handboeken over conflicthantering bouwen op die kennis voort, en er zijn vaardigheden en standaardwerkwijzen ontwikkeld die voor ieder die met conflicten te maken heeft nuttig gereedschap zijn, of het nu partijen zelf zijn, mediators of rechters.

6.2 Typen werkwijzen van rechters

Een ander startpunt om uit te vinden welke vorm van case-management het meest effectief is, is uit te gaan van de huidige praktijk, waarin uiteraard heel veel impliciete kennis over case-management klaar ligt. Helaas is over het feitelijke optreden van de rechter in de verschillende

fasen van het civiele geschil nog weinig bekend op basis van empirisch onderzoek.¹⁴² Tal van vragen dienen zich aan voor empirisch onderzoek.

- Hoe verloopt de driehoekscommunicatie van rechter, advocaat en justitiabele tijdens de comparitie?
- Maakt de rechter optimaal gebruik van de hem thans al ter beschikking staande instrumenten ten behoeve van een efficiënte procesvoering?¹⁴⁴
- Bereiden rechters zich adequaat voor op een comparitie?
- Welke competenties heeft hij als beginnend rechter (na zijn opleiding als raio of 'buitenstaander')? Welke gebruikt hij? Weet de (on)ervaren rechter waarover hij het heeft als er gesproken wordt over hypothecaire leningen, faillissementen, etc.
- Onder welke omstandigheden onttrekt de rechter een partij het recht zijn standpunt verder uiteen te zetten? Welke reactiewijzen van de advocaat zijn adequaat?
- Wat zijn de verschillende strategieën van rechters in bepaalde soorten geschillen? Wat bepaalt deze verschillen in strategie (achtergrond en soort en plaats van opleiding)?
- Hoe valt het gedrag van rechters te rubriceren (informatie verschaffend, conflict en escalatie beperkend, managen rol van de advocaat of andere rechtshulpverlener etc.)

Voor dergelijk onderzoek naar het rechterlijk optreden kan aansluiting gezocht worden bij het observatieonderzoek van Bruinsma dat resulteerde in de driedelige typologie van rechters als kadi (regelinggericht en actief), als actieve rechter (vonnisgericht en actief) dan wel als sfinx (vonnisgericht en lijdelijk).¹⁴⁴ Aannemelijk is dat de kadi een steeds groter deel van de dagelijkse praktijk in de rechtszalen typeert.

De Nederlandse kort geding praktijk anno 1993

Bruinsma noteert: 'Onder de 45 gerealiseerde schikkingen (op 200 bijgewoonde korte gedingen) zitten negen juweeltjes van kadi-optreden. Anders dan bij de overige 36 was de regeling hier niet in één zitting beklonken, maar vergde nog een descente, een deskundigen-rapport of een voortgezette behandeling. Kenmerkend is dat de rechter bij de behandeling sturend optreedt door de advocaten aanwijzingen te geven voor verdere onderhandelingen. De term judicial litigation maakt duidelijk dat dit een diametraal andere activiteit is dan waar rechters normaal mee worden geassocieerd, namelijk geschilbeslechting door vonnissen. Het is dan ook niet toevallig dat uitsluitend kadi's voor deze negen gevallen tekenen. Tevens maakt de term judicial litigation duidelijk dat het eindresultaat een coproductie is van kadi en coöperatief ingestelde advocaten'.

Bron:
F.Bruinsma, Korte gedingen, een rechtssociologisch verslag, Zwolle Tj. Willink, 1995 p. 82.

In de rechtszaal wordt vaak een informele pragmatische aanpak gehanteerd, met bijv. elementen van mediationstechnieken. Maar deze aanpak lijkt nog steeds enigszins ondergewaardeerd te worden, vanwege een traditionele gerichtheid van de procesrechtelijke literatuur, de opleiding, de beleidsstukken, en ook de organisatie van de rechtspraak op geschilbeslechting. Deze lagere waardering zet zich voort in de opvatting dat

een combinatie van rechtspreken en mediëren niet goed zou zijn, of alleen tijdens een comparitie toelaatbaar zou zijn. Ook kan in deze nog steeds worden geprofiteerd van de aanpak van het onderzoek van Bert Snel uit 1976.¹⁴⁵

6.3 Sancties

In het kader van de herbezinning worden ook sancties van de kant van de rechter overwogen als middel om een goed verloop van de procedure te waarborgen. Om de haalbaarheid daarvan te beoordelen, zou kunnen worden bekeken welk empirisch materiaal er is over de Anglo-saksische 'contempt of court' regeling en andere sancties. Een veel gesignaleerd probleem is dat rechters zulke sancties niet, of niet consequent, toepassen. Als geïnvolveerde professional wil de rechter in de eerste plaats recht doen, en is niet bereid partijen op dat punt tekort te doen, dan wel partijen 'de dupe' te laten worden van hun advocaat. Het lange termijn doel – disciplineren van de advocatuur – heeft op korte termijn negatieve consequenties voor iets dat de kern van de professionaliteit van de rechter – recht doen – raakt. Een Amerikaanse onderzoek van alle gepubliceerde beslissingen over sancties door rechters op advocatengedrag bevestigt dit. De auteurs concluderen dat rechters vooral lijken in te grijpen wanneer het gedrag sterk relevant is voor de kernfunctie van het geven van goede beslissingen. Hoewel rechters bredere bevoegdheden hebben, lijken zij niet geneigd die te gebruiken; waarbij zij ook meewegen dat doen van 'fact-finding' en het geven van 'due process' aan de advocaat een extra aanslag op de tijd en middelen van het gerecht doet.¹⁴⁶

¹⁴² Lewicki 2003, t.a.p., pp. 435-498 geeft een overzicht van dit onderzoek, waarbij met name wordt vergeleken tussen 'arbitration', beslissing over een geschil zoals de Nederlandse rechter dat ook doet, en 'mediation', neutrale onderhandelingsbegeleiding.
¹⁴³ Voor zover er recente Nederlandse publicaties op dit gebied zijn, gaan deze vooral over de niet-professionele procesdeelnemers of echtscheidingsadvocaten. Zie: W. Minekus 2002, t.a.p.
¹⁴⁴ Advies van de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, over het Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht van W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, www.rechtspraak.nl/hoge-raad/ advies president procureur.

¹⁴⁴ F. Bruinsma, *Kadirechtspraak in postmodern Nederland*, 1995, Oratie Utrecht.: id. 'Functies en typen van rechtspraak', in: P.M. Langbroek e.a. (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, Zwolle, Tj. Willink, 1998: pp. 51-62. Bruinsma baseerde zich hierbij op D. Matza, *Delinquency and Drift*, New York 1964 (kadi-rechtspraak in het jeugdstrafrecht), op J. Griffiths, 'Ideology in Criminal Procedure or a Third Model of the Criminal Process', Yale L.J. (1970) vol. 79, pp. 359-417 (het 'family model' in het Nederlandse strafrecht), op L. Rosen, *The anthropology of justice. Law as culture in Islamic society*, Cambridge Un. Press 1990 (kadi-rechtspraak in Marokko) en op H. Gerber, *State, Society and Law in Islam. Ottoman Law in Comparative Perspective*, Albany, State University of New York Press, 1994 (kadi-rechtspraak in het Ottomaanse rijk). Daarnaast ontleende hij inspiratie aan de rekkelijke opvatting over het kort geding zoals verwoord en in praktijk gebracht door presidenten als Borgerhoff Mulder, Asscher en Wijnholt.
¹⁴⁵ Bert Snel, *Kijken in de rechtszaal. Een observatieonderzoek naar buiten-juridische factoren die ter zitting het vonnis van de politierechter beïnvloeden*, Samsom, Alphen aan de Rijn 1977.
¹⁴⁶ Judith A. McMorro, Jackie Gardina, Salvatore Ricciardone, *Judicial Attitudes Toward Confronting Attorney Misconduct: A View From the Reported Decisions*, Boston College Law School Research Paper No. 36, Hofstra Law Review, (Forthcoming, 2004).

Tenzij er manieren worden gevonden om rechters alsnog mee te krijgen – daarover in het aansluitende hoofdstuk meer - lijken sancties dus, anders dan de herbezimmers zich voorstellen, niet de meest veelbelovende route. Dat betekent echter niet dat de rechter helemaal met lege handen staat. Er zijn ook andere prikkels om het gewenste gedrag te bevorderen, zoals hiervoor in hoofdstuk 4 besproken, die de rechter kan accentueren en aanscherpen. Uitspreken van de effecten van het gedrag op het verloop van de geschiloplossing, en het eventueel benoemen van de ongewenstheid, zal bijvoorbeeld waarschijnlijk al effect hebben, gezien de reputatie die een rechtshulpverlener bij zijn cliënt en in het netwerk zal willen bewaren.

07

Het managen van de vernieuwing

Aanbevelingen:

21 Bij de hercodificatie van het procesrecht dient men zich af te vragen of het gebruikelijke schema, waarbij de wetgever algemene regels formuleert en toelicht, en de rechtspraak deze regels in concrete gevallen concretiseert, aanvult en bij de tijd houdt, nog wel voldoende is. Wij pleiten ervoor meer aandacht te besteden aan begeleiding bij de hantering van regels. In hoofdstuk 12 onderscheiden wij vier instrumenten om deze begeleiding gestalte te geven.

- a een helpdesk, vraagbaak of informatiepunt (per internet)
- b leidraden, manuals, practice directions, formuleren of reglementen
- c een commissie burgerlijk procesrecht met zekere regelgevende bevoegdheden
- d een instituut voor permanente evaluatie en advisering over modernisering

Het invoeren van nieuwe regels via het traditionele model – eerst wetgeving, nadere uitwerking in rechtspraak – lijkt de herbezimmers ontoereikend. Meer wordt verwacht van de inzet van instrumenten waarmee de regelgebruikers ondersteuning krijgen in de praktijk en het oplossen van moeilijkheden.

In het onderstaande wordt eerst bekeken wat de algemene literatuur over veranderingsprocessen te zeggen heeft over een fundamentele vernieuwing als door de herbezimmers beoogd (paragraaf 7.1). De acht aandachtspunten die daaruit voortkomen, worden vervolgens met aangevuld met specifiekere onderzoeksresultaten en in verband gebracht met veranderingspotentieel op het veld van de civiele rechtspleging (paragraaf 7.2 en 7.3). In paragraaf 7.4 wordt ervan uitgegaan dat de beoogde fundamentele verandering op hoofdlijnen gestalte heeft gekregen. Het perspectief is nu hoe de voorgestelde vernieuwde werkwijze (bijvoorbeeld rechters die sterker als case-manager gaan optreden) in de organisatie verankerd en geborgd kan worden. Dit alles verschaft de bredere context voor paragraaf 7.5, die in gaat op de specifieke middelen tot verandering die de herbezimmers voorstellen. Paragraaf 7.6, tenslotte, behandelt het thema 'weerstand' tegen verandering.

7.1 Hoe fundamentele verandering in het algemeen gestalte krijgt

De fundamentele herbezinning beoogt fundamentele verandering. Het laatste decennium is verandering één van de toonaangevende thema's geweest in de organisatie-theorie.¹⁴⁷ Hoe kan verandering

gestalte krijgen in een 'organisatie' als de civiele rechtspleging, met relatief strakkere verbanden als de rechterlijke organisatie, en daar relatief los aanhangende delen van de organisatie als de rechtshulp? Er zijn veel rijtjes met stappen. Eén van de meest gebruikte schema's komt van Kotter¹⁴⁸ en kan goed worden toegepast op de civiele rechtspleging om een eerste indruk te krijgen van de problemen die men zal tegenkomen:

- Realiseer een gevoel van urgentie;
- Vorm een leidende coalitie;
- Creëer een visie;
- Communiceer de visie;
- Geef mensen de ruimte om die visie te verwezenlijken;
- Creëer korte termijn successen;¹⁴⁹
- Consolideer verbeteringen om verdere verandering te waarborgen;¹⁵⁰
- Veranker nieuwe benaderingen in de instituties.¹⁵¹

Veranderingsprocessen in overheidsorganisaties zullen vaak mede via regulering verlopen, en hebben ook andere specifieke problemen, waarover veel literatuur bestaat.¹⁵² De acht punten van Kotter zijn echter een goede eerste benadering van de aandachtspunten.

7.2 Urgentie, visie en leiderschap: leidinggeven over verandering

Als men het lijstje afloopt, zitten waarschijnlijk de belangrijkste knelpunten bij de eerste vier onderdelen. Is er voldoende urgentie? De fundamentele herbezimmers hebben aangenomen dat die er was, en hebben ervan afgezien alle gebreken van de huidige procedure nog eens op te sommen.

¹⁴⁷ Wendell L. French, Cecil H. Bell, *Organization Development: Behavioral Science Interventions for Organization Improvement* (6th Edition), Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1998.

¹⁴⁸ John Kotter, *Leading Change*, Boston: Harvard Business School Press, 1996.

¹⁴⁹ Denk bijvoorbeeld aan de invoering van de substantiëringsplicht en de verplichte comparitie in de wetwijziging van 2001, het project mediation naast rechtspraak.

¹⁵⁰ Is het al tijd om vormen van samenwerking in het proces die al bereikt zijn te consolideren?

¹⁵¹ Worden de nieuwe benaderingen die rechters en ADR-aanbieders dagelijks ontwikkelen snel en goed genoeg getest en opgenomen in de werkprocessen van collega's en andere rechtbanken?

¹⁵² M. Lipsky, (1980) *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*, New York. Patrick Carter, Managing Offenders, Reducing crime 2003; W. Richard Scott, *Organizations: Rational, Natural, and Open Systems* (International Edition), 5th Edition, Prentice Hall, 2003.

Organisaties van rechters en advocaten hebben de urgentie vervolgens in twijfel getrokken.¹⁵³ Daarbij is het wel de vraag of de urgentie die zij ervaren hier de maatstaf moet zijn, want de interne prikkel om echt te veranderen zal in organisaties die een monopolie-achtige postie hebben als de rechtspraak waarschijnlijk relatief klein zijn.

Bij veranderingen is ook het leiderschap wezenlijk. De civiele rechtspleging is een heel los organisatorisch verband. Het leiderschap is sterk gespreid over mensen en instanties die ieder hun eigen rol hebben: wetgevers, Hoge Raad, Algemene Raad van de orde van advocaten, Minister, vaste kamercommissie voor justitie, Raad voor de Rechtspraak en presidenten van rechterlijke colleges. Voor het geheel van de civiele geschiloplossing en rechtspleging met al zijn doelen en functies (zie hiervoor hoofdstuk 2) neemt eigenlijk niemand de verantwoordelijkheid. Deze mensen zien elkaar wel, maar er lijkt geen leidende coalitie te zijn, zoals voor verandering noodzakelijk wordt geacht. De totstandkoming daarvan wordt onder meer verhinderd door de normen over onafhankelijkheid en de daarmee samenhangende interne gerichtheid: men spreekt elkaar wel eens, maar er is weinig echte dialoog, en als het er op aan komt stuurt men een schriftelijk advies met daarin standpunten.

Leiderschap in tijden van verandering

Welk soort leiderschap is nodig in tijden van verandering? Als een hoge mate van participatie van professionals zelf wordt verwacht, zoals bij rechters en advocaten, lijkt dit in eerste instantie te passen bij een leiderschapsstijl die vooral stimulerend en coachend is. Maar volgens Dunphy en Stace hangt dit af van de context en het soort verandering. Zij onderscheiden vier soorten

van verandering naar intensiteit (fine tuning, incrementeel, gedeeltelijke herstructurering en fundamentele strategische verandering) en vier soorten van aansturing naar de mate van participatie (samenwerkend en sterke participatie van de werkvloer, consultatief, directief en afdwingend). Zij stellen vervolgens dat bij verschillende soorten verandering en verschillende manieren van aansturing ook verschillende soorten leiders horen:

- bij minder ingrijpende verandering en een vorm van aansturing waarin men het samen met de professionals wil doen, of hen in ieder geval wil consulteren, passen coachende leiders;
- bij minder ingrijpende verandering, die directief of zelfs dwingend vorm krijgt, passen ‘kapiteins’, leiders die systematisch en taakgericht georiënteerd zijn;
- bij herstructureringen en fundamentele veranderingen, die met veel betrokkenheid van de professionals vorm moeten krijgen, passen ‘charismatische leiders’, die zich vereenzelvigen met een uitdagende visie;
- bij dit soort ingrijpende veranderingen die meer directief en dwingend vorm krijgen, passen ‘commandanten’, leiders die doelgericht, hard, en kundig zijn, en door weerstand heen breken.

Op basis van deze invalshoek zouden voor een fundamentele verandering in deze omgeving dus charismatische leiders of commandeurs nodig zijn. Maar is dat realistisch in deze ‘rechtsstatelijke’ omgeving?

Met het interim-rapport is wel een stevige stap gezet in de richting van de formulering van een visie. Hoe kan dit rapport uitgroeien tot een sterkere en meer gedragen visie in de volgende fase? Is de visie zo al concreet dat de rechters

en andere professionals die deze moeten verwezenlijken weten hoe zij deze in actie kunnen vertalen (zie de volgende paragraaf)? Zijn er concurrerende visies? Alleen de Raad voor de rechtsspraak en het Ministerie lijken op dit moment in staat om aan visievorming bij te dragen. In de commentaren van Hoge Raad, Orde van advocaten en Vereniging voor rechtspraak staat wel veel kritiek op (details van) de plannen van de herbezinnings, maar een echte alternatieve visie wordt daarin niet ontwikkeld.

7.3 Van ruimte tot verankering: professionals die hun werkwijzen veranderen

De literatuur over verandering in professionele organisaties is uiteraard ook relevant.¹⁵⁴ Mintzberg beschrijft bijvoorbeeld de typische reflexen die boven komen als men gedrag van professionals wil veranderen met meer supervisie, werkprocessen standaardiseren en het standaardiseren van output.¹⁵⁵ Het gevolg is volgens hem op zijn best: ‘satisfaction of standards instead of serving clients’. Maar vooral zal waarschijnlijk verzet ontstaan tegen de aantasting van onafhankelijkheid en inperking van speelruimte.

Hoe moet het volgens Mintzberg dan wel? ‘Change seeps in by the slow process of changing the professionals’. En dat betekent sleutelen aan professionele waarden, overtuigingen en werkwijzen. Het voornaamste aangrijppunt voor verandering lijkt te liggen bij de professionele waarden: professionals zijn gemotiveerd tot kwaliteit en verbetering in het licht van de door hen aanvaarde waarden. Daarbij moet worden bedacht dat criteria en visies die geformuleerd zijn in nieuwe woorden en metaforen voor de professionals (keten-

efficiëntie, case/management), waarschijnlijk minder inspirerend zullen werken dan bekende beelden die een nieuwe inhoud krijgen (geschiloplossing, toegang tot het recht).¹⁵⁶

Hoe verander je dus zo’n professionele organisatie? Innovatie komt daar voort uit vernieuwingsgedrag van individuen. Daag professionals uit tot innovatie. Laat ze zelf de oplossingen formuleren in plaats van ze voor te schrijven. Faciliteer processen door er tijd en geld voor vrij te maken. Geef leden van de organisatie de gelegenheid elkaar te overtuigen.

Bij veranderingen in het veld van de geschilbeslechting kan worden geleerd van eerdere ervaringen. Experimenten als Versneld Regime of Mediation naast Rechtspraak worden getrokken door beperkt aantal ‘bevlogen’ rechters, die collega’s weten mee te krijgen. Het succes lijkt sterk van personen afhankelijk; het lukt lang niet iedereen die rol te vervullen.¹⁵⁷ In het rapport werd ook de balans gepresenteerd van eerdere versnellingsinitiatieven.¹⁵⁸ Een hele reeks commissies van wijze mannen, en hun voorstellen tot wijzigingen in het procesrecht: die wetswijzigingen haalden het vrijwel nooit. Daar stond tegenover dat wel vernieuwingen vanaf de werkvloer tot stand kwamen (met als lichtend voorbeeld de comparitie na antwoord, uitgevonden in Rotterdam in de jaren ‘60, in 1989 in de wet opgenomen, en per 2002 tot standaardwerkwijze uitgeroepen). Het lijkt interessant om te proberen op basis van een evaluatie van de projecten mediation naast rechtspraak en het versneld regime te leren op welke wijze veranderingsprojecten in de rechtspraak het beste vormgegeven kunnen worden.¹⁵⁹

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld het Advies van de President van en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden over het Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht van W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, p. 2 en het Advies van de Adviescommissie Voor Het Burgerlijk Procesrecht, d.d. 29 december 2003, p. 1.

¹⁵⁴ H. Mintzberg, ‘Structures in fives’ Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1983; Cevat, M.P. Hoe krijg je professionals in beweging? Verandermanagement in professionele organisaties. Amsterdam, 2000; Maister t.a.p. 1993.
¹⁵⁵ Mintzberg t.a.p. 1983, pp. 210 – 213.
¹⁵⁶ J. Edward Russo & Paul H. Schoemaker, Effectieve besluitvorming: toepassingen, oplossingen en technieken van kritisch denken en goede besluitvorming (vertaling van: Winning Decisions: Getting it Right the First Time) 2002, p. 54 e.v. over het oprekken van bestaande kaders.
¹⁵⁷ Dat laatste bleek wel toen het departement na afloop van het feitelijke VR-experiment een financiële bijdrage gaf om bij deelnemende rechtbanken, net als in Assen/Leeuwarden zo succesvol was gebleken, een speciale VR-coördinator aan te laten stellen om veel meer zaken binnen te halen; dat leverde nauwelijks extra zaken op.
¹⁵⁸ R. Eshuis, 2002, t.a.p.
¹⁵⁹ Verdere informatie daarover zou bijvoorbeeld kunnen worden verzameld via enquêteformulieren gericht tot alle actoren in het proces, waarin ze kunnen aangeven hoe zij het proces en de opstelling van de verschillende actoren ervaren hebben.

7.4 Management van professionele organisaties

Zal de rechter de gewenste rol gaan vervullen? Rechters zullen de omschakeling moeten maken naar de gewenste rol van case-manager. Deze omschakeling is wel ingezet, maar nog lang niet voltooid. Wat zijn de centrale bevindingen waar het sturing aangaat in/van professionele organisaties? En zijn die van toepassing op rechters? Kort aangeduid gaat het om de volgende mechanismen.¹⁶⁰

- *Marktachtige mechanismen* (financiële prikkels, bekostigen op prestaties). Daarbij lijkt het op zijn plaats enig onderscheid te maken tussen professionals die als eenlingen in een vrije markt situatie opereren en professionals die een volledige werkgarantie hebben zonder resultaatverplichting, geen ‘baas’ hebben, hoog gewaardeerd zijn en een schaars goed bovendien.
- *Verticale informele afstemming* (omgang met elkaar, verwachtingen en reputaties). Is van belang vooral daar waar de harde hiërarchische aanpak in organisaties om doelen te bereiken er niet meer is of niet meer werkt. Dit lijkt in de rechterlijke organisatie een veel effectiever middel, maar het veronderstelt wel dat de verwachtingen en door de professional als wenselijk ervaren reputatie overeenstemmen met wat men wil bereiken: Wil de huidige rechter vooral een goede case-manager zijn? Of vooral iemand die met mooie vonnissen opvalt bij mensen die over promotie naar hof of Hoge Raad beslissen?
- *Directe supervisie, kwaliteitstoetsen, inspectie en controle*. In de rechterlijke organisatie is het de vraag of op het case-management door de rechter, dat in belangrijke mate vorm krijgt tijdens een zitting, met deze middelen wordt aangestuurd.
- *Standaarden*. Aan welke eisen dienen de

producten, diensten en processen te voldoen? Denk aan kwaliteitsnormen zoals ‘ISO-norm 2000 en 9000’. Als je standaarden hebt, dan zijn er ook ‘yellow books’, auditors en controleurs die de naleving in de gaten houden. Maar volgens velen, waaronder de Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling is er in Nederland sprake van een ‘performance measurement industry’.¹⁶¹

- *Horizontale informele relaties*. Dit betreft het informeel communiceren, afspraken maken, ‘gevoelens’ meedelen, elkaar vertrouwen maar zonder ongelijkheid in relaties, zoals dat bij verticale relaties wel nog het geval is. Hoe is de cultuur binnen de rechterlijke macht in dit opzicht?

Een toepassing van dit soort gedachtegoed op advocatenkantoren en rechters is te vinden bij Lazega.¹⁶³ Hij laat zien dat de positie van de advocaat in het interne netwerk van anderen heel bepalend is, iets waarop we vanuit een eerdere invalshoek ook al uitkwamen (zie paragraaf 4.3 over de relatieve invloed van cliënt en advocaat).

Of toezicht, waarbij bijvoorbeeld met visitaties gewerkt wordt, helpt, is de vraag. Vermoedelijk maar ten dele want de rechterlijke wereld is niet ‘early adopter’ van deze aanpak. De wet van de afnemende meeropbrengsten wordt dan snel toepasbaar. Men heeft kunnen kijken hoe, in andere sectoren, cognitieve en managerial ‘trucs’ ontwikkeld zijn om visitaties toch ietwat vanuit de ‘gevisiteerde’ te ‘sturen’.¹⁶³ Uit onderzoek blijkt dat er bij visitatie toch problemen ontstaan, zeker als het gaat om cognitief-hoogbegaafden.¹⁶⁴ Welke van de door de herbezanners voorgestelde middelen meer en minder effectief zullen zijn in de context van de rechterlijke organisatie en de verdere netwerkpartners (zie paragraaf 4.1) is iets dat met behulp van bestuurskundige kennis waarschijnlijk wel nader kan worden bepaald.

7.5 Instrumenten: handleidingen en ICT

Eén van de kernaanbevelingen van de fundamentele herbezanners is om meer van de goede praktijken van geschiloplossing en geschilbeslechting zichtbaar te maken. Zij pleiten voor vastlegging in leidraden, voor helpdesks, voor eenvoudiger aanpassing van regels waar nodig en beter monitoren van het systeem. Wat daarvoor spreekt, is dat veel van de cruciale elementen van de wijze waarop een rechter zaken behandelt nog niet erg geëxpliciteerd zijn (zie hiervoor paragraaf 6.1).

Is het denken in termen van ‘handleidingen’, ‘formats’, ‘boekjes’, enz. die beogen gedrag van organisatieleden te sturen in de gewenste richting wel effectief? Daar is twijfel over. Daarbij moet overigens wel worden bedacht dat een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering eigenlijk de dwingende handleiding bij uitstek is, zodat deze twijfel waarschijnlijk nog sterker geldt voor de huidige situatie dan voor wat de herbezanners voorstellen. Handreikingen kunnen een ‘tunnelvisie’ veroorzaken. Zij kunnen voorkomen dat de professional zijn eigen creativiteit aanspreekt. Zij kunnen ook leiden tot het fenomeneen van: ‘what gets funded, gets measured, what gets measured gets funded’.¹⁶⁵ Instrumenten als handleidingen, templates en formats, waaronder ook Total Quality Management aanpakken kunnen worden gerekend, zijn effectiever voor organisatie(velden) waar niets echt goed geregeld is in termen van aandacht voor kwaliteit en doelmatigheid. Ook zijn organisaties die tot de ‘early adopters’ van TQM-achtige aanpakken behoren (en daarmee dus innovator zijn), succesvoller dan organisaties die als ‘hekkensluiters’ ‘ook maar’ zo nodig moeten.¹⁶⁶

Uitwisseling van kennis, onder meer door ICT oplossingen, is meestal wel een effectief middel om tot kwaliteitsverhoging te komen. Over de

vormen waarin dat het meest effectief gaat, ontstaat ook steeds meer literatuur.¹⁶⁷ Daarmee zou ook binnen de rechtspleging sterker kunnen worden geëxperimenteerd. Uitwisseling van kennis gebeurt op grote schaal, maar dan in de vorm van juridische kennis die vooral nuttig is als de rechter uiteindelijk beslist, of als middel voor andere procesdeelnemers om die beslissing te voorspellen. De wijze waarop het ‘proces’ dat aan de beslissing vooraf gaat vorm wordt gegeven, is nog veel minder onderwerp van uitwisseling van kennis. Ontwikkeling van een daarop gericht kennis-systeem zou mogelijk kansrijk zijn.

7.6 Weerstand: factoren die veranderingen belemmeren

Bij een fundamentele verandering wordt vaak gesproken in termen van weerstand. Internationaal is een terugkerend patroon dat de balie tegenstander is van wijzigingen in het procesrecht die hun bestaande tradities en werkwijze niet alleen bekritiseert, maar ook wil veranderen.¹⁶⁸ Maar ook binnen de rechterlijke macht bestaat de nodige scepsis of de voorgestelde vernieuwingen tot verbeteringen zullen leiden. De Hoge Raad houdt zich afzijdig bij de verschillende ingrijpende veranderingen die het rechterlijke bedrijf, terwijl die moeilijker zullen slagen als de hoogste rechter niet meedoet. Voor weerstand tegen verandering geldt het volgende klassieke rijtje oorzaken:¹⁶⁹

- Wie tevreden is met de status quo en die voordelig vindt, zal weerstand tegen verandering voelen. Veranderingsplannen dreigen dan al gauw de ‘comfort zone’ te verstoren. Gevestigde belangen kunnen financieel zijn, of te maken hebben met verlies van macht, prestige, respect, waardering, status en zekerheid. Als lagere rechters de regie van procedures naar zich toetrekken, snellere en efficiëntere

¹⁶⁰ Overzicht ontleend aan: B. Bulder, Sociaal kapitaal en reorganisaties bij de rijksoverheid, dissertatie Utrecht 2000.
¹⁶¹ Vgl. de Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, Bevrijdende kaders. Sturen op verantwoordelijkheid Advies 24, Den Haag 2003, p. 24 over de ‘meetindustrie’ die is ontstaan.
¹⁶² M. Lazega, The Collegial Phenomenon, Oxford University Press, 2002.
¹⁶³ Met als resultaat dat inmiddels gesproken wordt over ‘visitatie illusie’ en ‘dramaturgical compliance’.
¹⁶⁴ F.L. Leeuw, ‘Reconstructing Program Theories: Methods available and Problems to be solved’, American Journal of Evaluation (2003) vol. 24 (1), pp 5-20.

¹⁶⁵ A.F.A. Korsten en F.L. Leeuw, ‘Handleidingen in het openbaar bestuur’, Bestuurskunde (1998) nr. 8, pp 332-350.
¹⁶⁶ P.J. DiMaggio & W.W. Powell, ‘The Iron Case revisited: institutional Isomorphism and collective Rationality in organizational Fields’, American Sociological Review (1983) vol 48. pp. 147-160.
¹⁶⁷ Everett, Rogers en Shoemakers, Communication of innovations, 1999. PM.
¹⁶⁸ Zuckerman 1999, t.a.p.
¹⁶⁹ David Buchanan & Andrzej Huczynsky, Organisational Behaviour: An Introductory Text , 5th Edition, Prentice Hall, Harlow 2004, pp. 617 e.v.

procedures realiseren, oplossingsgericht worden en meer naar ADR gaan verwijzen, dan botst dat met de ‘ondernemingsmodellen’ en met de traditionele waarden van procesadvocatuur en hogere rechtspraak. Die zijn wel aan het veranderen, maar dat lijkt traag te gaan, en het zal niet kunnen zonder dat de mensen die daar werkzaam zijn hun ‘zone of comfort’ verlaten. En dan zal heel belangrijk zijn hoe zij zich hun eigen positie in de veranderde omgeving kunnen voorstellen. Worden zij weg of op een zijspoor gereorganiseerd of zien zij een nieuwe, zinvolle en realistische plaats voor zichzelf?

- Misverstanden over de redenen voor de vernieuwing en gebrek aan vertrouwen zijn een tweede oorzaak voor weerstand. Waarom is het begonnen? Wat wil men precies voor wie bereiken? Goede communicatie en echte dialoog zijn wezenlijk.
- Dan kunnen er tegengestelde verwachtingen zijn over hoe bepaalde veranderingen zullen uitpakken. Dat kan zitten in een verschil van inzicht over wat werkt, maar ook in een verschillende opvatting over wat belangrijk is. Wanneer daar een goede dialoog over plaatsvindt, kan het veranderingsproces juist ook enorm aan kwaliteit winnen.
- Er zijn ook grote persoonlijke verschillen. Sommige mensen hebben een lagere tolerantie voor verandering dan anderen.

Het probleem van het begrip weerstand is dat het negatief is geformuleerd en dat het erg is toegespitst op de houding van degenen die zouden moeten veranderen, terwijl ook heel andere factoren een rol spelen, zoals de middelen voor verandering. Een groot internationaal onderzoek naar de ervaringen van leidinggevendenden die belast waren met het doorvoeren van veranderingen binnen ondernemingen leverde interessante lijstjes op van wat zij als sleutel voor falen en succes beschouwen.

Faalfactoren en succesfactoren bij verandering

- Top 10 faalfactoren:
- Competitie om financiële en personele middelen (48%);
 - Functionele grenzen (44%);
 - Verander-management vaardigheden (43%);
 - Middel-management (38%);
 - Te lange levertijd van informatie-technologie (35%);
 - Communicatie (35%);
 - Tegenstand van werknemers (33%);
 - Capaciteiten van mensen (competenties, training) (33%);
 - Verandermoeheid (32%);
 - Onrealistische tijdspaden (31%);
- Top 10 van succesfactoren:
- Verzekeren van commitment van de top beslissers (82%);
 - Mensen fair behandelen (82%);
 - Betrekken van de professionals en werknemers die het moeten doen (75%);
 - Helder maken wat kwaliteit is (75%);
 - Voldoende training (68%);
 - Gebruiken van duidelijke prestatiecriteria (65%);
 - Opbouwen van teams na de verandering (62%);
 - Focus op verandering van cultuur en vaardigheden (62%);
 - Succes belonen (60%);
 - Gebruik van interne kampioenen (60%).

Bron:
David Buchanan & Andrzej Huczynsky, *Organisational Behaviour; An Introductory Text*, 5th Edition, Prentice Hall, Harlow 2004, pp. 617 e.v. Gebaseerd op Price Waterhouse Coopers Consulting and Market Opinion Research International, Global Change Management Study, 1997. Percentages geven het aantal respondenten aan dat factor noemt.

Voor veranderingen in de geschiloplossing en rechtspraak tussen burgers lijken de faalfactoren ook relevant. Functionele grenzen bijvoorbeeld, de grenzen tussen taken van advocaten, partijen en verschillende soorten rechters, lijken een flinke belemmering. Veranderingen zullen immers juist door betere samenwerking tussen deze groepen gestalte moeten krijgen. Traditionele taakopvattingen kunnen daarbij in de weg zitten.

De lijst met succesfactoren is onder meer interessant, omdat er een veel grotere mate van overeenstemming bestond (hogere percentages). Energie steken in het creëren van deze omstandigheden is dus kansrijk. Als de eerste vier factoren worden bekeken voor wat betreft de fundamentele herbezinnig, dan lijkt het commitment van de top beslissers nog niet optimaal. Vaak wordt in dit verband ook gewezen op het zoeken van de juiste partners. In het kader van de strategievorming kunnen de heroverwegers mogelijk partners zoeken binnen andere beleidsoperaties die thans op de agenda staan. Te denken valt aan de ‘bruikbare rechtsorde’, verzet tegen de ‘claimcultuur’, de vermindering van ‘administratieve lasten’ en de ADR -beweging. Voor wat betreft mensen fair behandelen, gelden waarschijnlijk dezelfde aandachtspunten als voor procespartijen (zie paragraaf 2.3 en 2.4). Bij verandering is bijvoorbeeld altijd een aandachtspunt dat respectvol wordt omgegaan met de huidige praktijk en de mensen die daar in hebben geïnvesteerd. Het betrekken van professionals bij de verandering is hiervoor al uitvoerig aan de orde gekomen (zie met name paragraaf 3.1 en paragraaf 7.3). Hetzelfde geldt voor het helder maken wat kwaliteit is (paragraaf 6.1 en 7.5).



Kennis voor de geschilbeslechtingsketen

Deze kenniskaart is geordend rond de fundamentele herbezinning op de civiele rechtspleging en geschiloplossing. De kaart biedt inzichten en feiten afkomstig uit sociaal-wetenschappelijk onderzoek die daar relevant voor lijken. Voor de deelnemers aan dit project was deze manier van aan elkaar koppelen van kennis uit verschillende wetenschapsgebieden een experiment. Is dit experiment nuttig, en hoe zou dit verbinden van kennis beter kunnen? Drie opmerkingen daarover.

De eerste betreft de *theoretische* inbedding van de kennis die uiteengelegd en geordend is. Zoals duidelijk is geworden: de stukken kennis zijn qua aard nogal divers. Het brengen van samenhang daarin vergt een manier van overkoepelende kennisorganisatie. Zo'n benadering treft men aan in het werk van de Britse onderzoekers Pawson en Tilley.¹⁷⁰ Zij stellen dat wie de werking van regels, instituties, organisaties en 'beleid' wil doorgronden (ex ante – als ontwerper – of ex post – bij de evaluatie), daarbij het beste gebruik kan maken van een uiterst simpele gedachte: het CMO-model.

- De **C** staat voor de *contexten* waarbinnen beleid, wetgeving, en regels tot stand komen én ingevoerd worden. De Nederlandse civielrechtelijke geschiloplossing en procedure vinden plaats in een specifieke omgeving. Ook daarbinnen bestaan verschillen: de kantonrechtspraak in Deventer is anders dan die bij het hof in Amsterdam. Als kennis die in de ene context is ontstaan (laboratorium-experimenten, geschiloplossing in het bestuursrecht) over wordt geplant naar een andere omgeving, wat zijn dan de kenmerkende verschillen in context die mogelijk van invloed zijn op de bruikbaarheid van de kennis in die (nieuwe) omgeving? Bij het opstellen van deze kaart ging de discussie daar vaak over. Kennis kan niet plompverloren worden overgeplant. Maar aan de andere kant komt ieder zinvol gebruik van kennis neer op hergebruik van gegevens die op een andere plaats en in een andere

context zijn ontwikkeld. De te stellen vragen zijn steeds: "Wat maakt de nieuwe context anders?" en "Wat zou degene die de kennis heeft ontwikkeld voor resultaten gevonden hebben als hij in deze nieuwe context zou hebben gewerkt?"

- De **M** staat voor de *gedragsmechanismen* die aanwezig moeten zijn en werken, willen wetten, regels of beleid impact hebben. Welk gedrag van welke personen is nodig? Wat kan dat gedrag beïnvloeden, in de gewenste richting, maar ook in onverwachte, of mogelijk tegengestelde richting? In deze kaart zijn wij bijvoorbeeld uitvoerig ingegaan op de verschillende manieren waarop gestimuleerd kan worden dat partijen in een proces – en andere procesdeelnemers – zich coöperatief gedragen, en welke gedragsmechanismen daar mogelijk tegenin werken. Er zijn veel sociaal-wetenschappelijke invalshoeken mogelijk, en ieder daarvan let op net iets andere elementen van gedrag, maar de invalshoeken overlappen gedeeltelijk. Er is het verbindende element van de (min of meer rationele) keuzes die actoren maken. Met vallen en opstaan lijkt het toch mogelijk om een overzicht van de in een bepaalde context relevante gedragsmechanismen te krijgen.
- De **O** staat voor *output*, of te wel: datgene waarin wetgeving, regelgeving of beleid resulteert. Wat wil de fundamentele herbezinning voor de civiele geschiloplossing

bereiken? In paragraaf 2 kwamen de mogelijke doelen, functies en beoordelingscriteria aan de orde. Kennis kan nuttig zijn om vooraf te schatten hoe voorgestelde maatregelen zullen werken, danwel om achteraf te evalueren hoe de maatregelen zijn uitgekapt. Daarbij helpt het als zo helder mogelijk is wat de ijkpunten zijn, zonder dat volledige overeenstemming hoeft te bestaan over het gewicht van ieder van die ijkpunten.

De CMO-benadering dwingt ertoe om bij het oplossen van een vraagstuk aandacht te besteden aan deze drie bepalende, maar qua inhoud sterk verschillende elementen. In de hier gepresenteerde kaart gebeurt dit, zij het nog op onvoldoende systematische wijze. Dat laatste vormt echter meer een aansporing tot verbetering dan het afzien van een dergelijke lastige opgave.

De tweede opmerking betreft de *praktische relevantie* van de productie van kennis voor ketens. In het justitieveld dringt overal het besef door dat verschillende instituties samen werken in ketens. Men treft het overal aan: de vreemdelingenketen, de veiligheidsketen en de ontwikkelingen op het terrein van de jeugdzorg om maar enkele voorbeelden te noemen. Ook het civiele procesrecht is geen autonoom systeem, maar functioneert in een langere 'geschilbehandelingsketen'. Het begin daarvan ligt ergens waar tussen twee mensen een geschil ontstaat, en vervolgens zijn er personen en instanties die daarbij betrokken kunnen worden. Wat degenen verder op in de keten doen, werpt zijn schaduw over het gedrag van degenen eerder in de keten en vormt mede de omgeving waarin partijen met hun geschil omgaan. In paragraaf 2.2 lieten we aan de hand van het schema van Lempert zien dat rechtspraak op maar liefst acht manieren invloed heeft op die 'onderhandelingsomgeving'. De verschillende rechterlijke instanties vormen dan nog maar een deel van de schakels in de keten.

De aandacht voor ketens en ketenmanagement is ook in het justitieveld niet meer weg te denken. Helaas, dergelijke ketens blinken tegelijkertijd niet altijd uit in effectiviteit en daadkracht.¹⁷¹ Iedere 'ketenpartner' heeft de neiging vooral te kijken wat er bij hem binnenkomt, en dat zo goed mogelijk te verwerken. Het zicht op, en de verantwoordelijkheid voor, het functioneren van de keten als geheel is vaak diffuus.

Verbetering daarvan is, en dat is de derde opmerking, slechts mogelijk als we systematisch toewerken naar *goed-toegankelijke en op elkaar aansluitende kennisbestanden* die uit verschillende disciplines afkomstig zijn en vertaald worden naar beleidsvragen. Voor de keten als geheel, en voor de verschillende schakels daarin. De feitelijke omstandigheden dwingen ons daartoe, maar scheppen ook de mogelijkheden om dat te doen. Want in vergelijking met 30 jaar geleden worde er thans veel meer onderzoeken, evaluaties en analyses geproduceerd; de publicatieoverzichten van VSNU en KNAW waar het universiteiten betreft, spreken boekdelen. Er zijn steeds meer nieuwe producenten op de kennismarkt verschenen, die voor nóg meer 'streams of studies' zorgen. Denk aan bijvoorbeeld de grotere inspecties die kennisfuncties in hun organisatie beleggen, omdat ze van oordeel zijn geen effectieve toezichtarrangementen te kunnen maken als ze niet veel weten van onder toezicht gestelden. Er is tegelijkertijd sprake van een kennisproductie die vooral gericht is op specifieke beleid- of organisatieonderdelen als waren het kokers. Maar vaak gaat het over vragen die elders in vergelijkbare vorm terugkeren. Er valt, anders gezegd, niet te ontkomen aan review studies. Die situatie behoeft men niet negatief te beoordelen, want wetten, regels, en andere interventies zullen daar waarschijnlijk uiteindelijk, wat hun effectiviteit betreft, van profiteren.

¹⁷⁰ R. Pawson & N. Tilley, *Realist Evaluation*, Sage, London, 1997. id. 'Evidence-based policy: in search of a method', *Evaluation*, (2002) 2, pp. 157-181. id. 'Evidence-based policy: the promise of realist synthesis', *Evaluation*, (2002) 3, pp. 340-358.

¹⁷¹ W. Faber en A.A.A. van Nunen, Uit onverdachte bron. Evaluatie van de keten ongebruikelijke transacties, WODC Onderzoek en Beleid 218, Boom Juridische uitgeverij, Den Haag 2004.

De auteurs

Maurits Barendrecht

Hoogleraar privaatrecht bij het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg. In zijn onderzoek staat centraal hoe instituties van de rechtsstaat hun dienstverlening kunnen aanpassen en verbeteren, met name waar het gaat om het oplossen en zonodig beslechten van geschillen. Hij maakt daarbij gebruik van inzichten uit de onderhandelings-theorie, economie, psychologie en bedrijfskunde.
e-mail: j.m.barendrecht@uvt.nl.

Alex Brenninkmeijer

Hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden, Hoogleraar Staats- en bestuursrecht en leerstoelhouder van de Albada-leerstoel voor arbeidsverhoudingen bij de overheid en ADR. Hij is coördinator van het onderzoeksprogramma 'Geschillenbeslechting' van het E.M. Meijers Instituut van de Universiteit Leiden.
e-mail: a.f.m.brenninkmeijer@law.leiden.univ.nl

Freek Bruinsma

Hoogleraar rechtssociologie aan de Universiteit Utrecht. De sectie rechtssociologie beschikt over expertise m.b.t. empirisch onderzoek naar de werking van het rechtsbedrijf (rechters en advocaten, formele en informele procedures) en de verwachtingen en ervaringen van civiele procespartijen.
e-mail: j.bruinsma@law.uu.nl

Carsten de Dreu

Hoogleraar organisatiepsychologie en gespecialiseerd in psychologische grondslagen en consequenties van onderhandelen en conflict(hantering) in het algemeen en in arbeidssituaties in het bijzonder.
e-mail: C.K.W.deDreu@uva.nl

Roland Eshuis

Organisatiepsycholoog doet onderzoek op het terrein van civiele rechtspleging. Werkzaam bij het WODC en de Raad voor de rechtspraak. Voorheen actief als adviseur bij organisatie-veranderingsprocessen. Specifieke interesse-gebieden o.a. organisatiecultuur, logistiek en systeemtheorie.
e-mail: r.eshuis@minjus.nl

Nick Huls

Hoogleraar rechtssociologie Erasmus Universiteit en Universiteit Leiden. Tevens leider van onderzoekprogramma 'Het domein van de rechter' van de samenwerkende juridische faculteit van de Erasmus universiteit en de rechtbank Rotterdam.
e-mail: huls@frg.eur.nl

Leny de Groot-van Leeuwen,

Hoogleraar en wetenschappelijk coördinator van het Onderzoeksprogramma 'Rechtspleging' aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Dit Onderzoeksprogramma is multidisciplinair van karakter. Het Programma sluit aan op actuele ontwikkelingen in de rechtspraktijk, terwijl er tevens ruimte is voor onderzoek naar fundamentele vraagstukken.
e-mail: L.deGroot@jur.ru.nl

Albert Klijn

Adviseur Wetenschappelijk onderzoek bij de Raad voor de rechtspraak. Is verantwoordelijk voor de ontwikkeling en uitvoering van het wetenschappelijk onderzoekprogramma van de Raad. Initiatiefnemer van de bijeenkomst.
e-mail: a.klijn@rvdr.drp.minjus.nl

Frans Leeuw

Directeur WODC, Ministerie van Justitie en bijzonder hoogleraar empirisch-theoretische analyse van maatschappelijke effecten van overheidsbeleid. Is voorzitter van de VIDE, beroepsvereniging voor toezichhouders, inspecteurs en handhavers.
e-mail: f.leeuw@minjus.nl.

Frank van Tulder

Senior beleidsadviseur bij de Raad voor de rechtspraak. Verantwoordelijk voor de ontwikkeling en uitvoering van het economisch en statistisch gericht onderzoek.
e-mail: f.tulder@rvdr.drp.minjus.nl

Ben van Velthoven

Universitair hoofddocent rechtseconomie faculteit der rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden. Is geïnteresseerd in vraagstukken van rechtshandhaving en geschiloplossing en verrichte op dat terrein empirisch onderzoek. Vervult thans een bijzondere onderzoeks-opdracht 'Maatschappelijke en economische effecten van de rechtspraak' in opdracht van de Raad voor de rechtspraak.
e-mail: b.c.j.vanvelthoven@law.leidenuniv.nl

